
UNIVERSITY OF TORONTO
3 1761 01429475 5

# ŒUVRES

# DE POTHIER.

NOUVELLE ÉDITION,

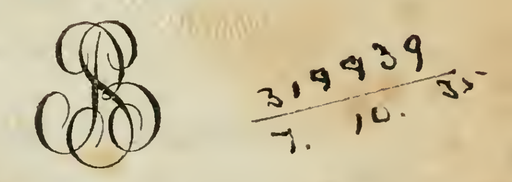
ORNÉE DU PORTRAIT DE L'AUTEUR;

PUBLIÉE

PAR M. SIFFREIN.

---

TOME SEPTIÈME.




A PARIS,

CHEZ L'ÉDITEUR,

RUE SAINT-JEAN-DE-BEAUVAIS, N° 1.

M. DCCCXXII.

# TABLE

DES CHAPITRES, ARTICLES, SECTIONS ET PARAGRAPHES CONTENUS DANS LE TRAITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE ET DANS CELUI DE LA PUISSANCE DU MARI.

## PREMIÈRE PARTIE.



## SECONDE PARTIE.

---

## TROISIÈME PARTIE.

CHAPITRE IV.

# QUATRIÈME PARTIE.

## CINQUIÈME PARTIE.

---

## SIXIÈME PARTIE.



### CHAPITRE PREMIER.



### CHAPITRE II.

CHAPITRE III.



---

## SEPTIÈME PARTIE.



CHAPITRE PREMIER.



CHAPITRE II.

# TRAITÉ DE LA PUISSANCE DU MARI.

## PREMIÈRE PARTIE.

---

## SECONDE PARTIE.



FIN DE LA TABLE.

# TRAITÉ

## DU

# CONTRAT DE MARIAGE.

### ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. Nous avons cru ne pouvoir mieux terminer notre traité des obligations, et des différents contrats et quasi-contrats d'où elles naissent, que par un traité du contrat de mariage, ce contrat étant le plus excellent et le plus ancien de tous les contrats.

Il est le plus excellent, à ne le considérer même que dans l'ordre civil, parce que c'est celui qui intéresse le plus la société civile.

Il est le plus ancien, car c'est le premier contrat qui ait été fait entre les hommes. Aussitôt que Dieu eut formé Eve d'une des côtes d'Adam, et qu'il la lui eut présentée, nos deux premiers parents firent ensemble un contrat de mariage; Adam prit Eve pour son épouse, en lui disant : *Hoc nunc os ex ossibus meis, et caro de carne meâ.... et erunt duo in carne unâ :* et Eve prit réciproquement Adam pour son époux.

2. Le terme de contrat de mariage est équivoque : il est pris dans ce traité pour le *mariage* même; ailleurs il est pris dans un autre sens, pour l'*acte* qui contient les conventions particulières que font entre elles les personnes qui contractent mariage.

Nous verrons dans ce traité du contrat de mariage, pris dans le premier sens, 1° ce que c'est que le

contrat de mariage ; ses différentes espèces chez les Romains, et par quelles lois il se régit ; 2° quelles sont les choses qui précèdent le contrat de mariage ; 3° quelles sont les personnes entre lesquelles il peut ou ne peut pas être valablement contracté ; 4° comment se contracte le mariage, et ce qui doit s'observer dans sa célébration. 5° Nous traiterons des effets du mariage, et de certains mariages qui, quoique valablement contractés, sont néanmoins privés des effets civils ; 6° de la cassation des mariages, de la dissolution, soit quant au lien, soit quant à l'habitation; 7° des seconds mariages.

Nous ferons suivre ce traité par des traités sur les conventions les plus ordinaires qui accompagnent le contrat de mariage dans les provinces régies par le droit coutumier, telles que sont la communauté et le douaire; et sur les droits qui naissent du mariage, tels que sont les droits de puissance maritale et de puissance paternelle.

## PREMIÈRE PARTIE.

Ce que c'est que le contrat de mariage; quelles étoient chez les Romains les différentes espèces de mariages; et par quelles lois le mariage est régi.

### CHAPITRE PREMIER.

Ce que c'est que le contrat de mariage.

3. On peut définir le mariage, un contrat revêtu des formes que les lois ont prescrites, par lequel un homme et une femme habiles à faire ensemble ce contrat, s'engagent réciproquement l'un envers l'autre à demeurer toute leur vie ensemble dans l'union qui doit être entre un époux et une épouse.

Il suit de cette définition, qu'un mariage où l'on n'auroit pas observé quelqu'une des formalités que les lois requièrent pour sa validité, ou qui auroit été contracté entre des personnes que les lois rendent inhabiles, n'est pas un véritable mariage : c'est ce que nous verrons en détail dans la suite de ce traité.

4. L'union dans laquelle les parties, par le contrat de mariage, s'engagent mutuellement de vivre, est principalement l'union de leurs esprits et de leurs volontés. Le commerce charnel n'est point de l'essence du mariage; celui de saint Joseph et de la sainte Vierge ne laissoit pas d'être un véritable mariage, quoiqu'ils aient l'un et l'autre conservé toujours leur virginité.

C'est ce qu'enseigne saint Augustin dans son ouvrage *de Nupt. et Concup. lib.* 1, *cap.* 9, où il prouve, par l'exemple de saint Joseph et de la sainte Vierge, que lorsqu'un mari et une femme s'accordent à garder la continence, leur mariage n'en est pas moins un véritable mariage : et le lien conjugal qui les unit, bien loin de perdre pour cela de sa force, n'en est au contraire que plus fort : *Quibus placuerit*

*ex consensu ab usu carnalis concupiscentiæ in perpetuum continere, absit ut inter illos vinculum conjugale rumpatur: imò* PRIMIUS *erit, quò magis ea pacta secum inierint quæ cariùs concordiùsque servanda sunt, non voluptariis nexibus corporum, sed voluntariis affectibus animorum: neque enim fallaciter ab Angelo dictum est ad Joseph,* Noli timere accipere Mariam CONJUGEM tuam. *Conjux vocatur ex primâ fide desponsationis quam concubitu nec cognoverat, nec fuerat cogniturus; nec perierat, nec mendax manserat* CONJUGIS *appellatio, ubi nec fuerat, nec futura erat carnis ulla commixtio, etc.*

Ce principe est reconnu même par les jurisconsultes païens. Ulpien, en la loi 30, ff. *de Reg. Jur.* dit : *Nuptias consensus, non concubitus facit.*

5. Quoique le commerce charnel ne soit pas de l'essence du mariage, et que l'homme et la femme puissent d'un commun consentement s'en abstenir, néanmoins le mariage donne à chacune des parties un droit sur le corps de l'autre, qui oblige chacune d'elle réciproquement d'accorder à l'autre ce commerce charnel, lorsqu'elle lui demande.

La raison de cette obligation est tirée des fins du mariage. La principale est la procréation des enfants, à laquelle il est évident qu'on ne peut parvenir sans ce commerce. Une autre fin du mariage, qui est d'y trouver un remède contre la trop grande difficulté que pourroient avoir les parties de garder la continence, renferme aussi cette obligation.

---

## CHAPITRE II.

### De différentes espèces de mariages.

#### §. I. Des différentes espèces de mariages que pouvoient contracter les citoyens romains.

6. Les citoyens romains pouvoient contracter deux différentes espèces de mariages : on appeloit l'un *justæ nuptiæ*, et l'autre *concubinatus*. Celui qu'on appeloit *justæ nuptiæ* étoit le mariage légitime qu'un homme contractoit selon les lois avec une femme, pour l'avoir à titre de légitime épouse, *justa uxor* : ce mariage donnoit aux enfants les droits de famille, et au père le droit de puissance paternelle sur eux.

7. L'autre espèce de mariage, qu'on appeloit *concubinatus*, étoit aussi un véritable mariage ; il étoit expressément permis par les lois : *Concubinatus per leges nomen assumpsit ;* l. 3, §. ff. *de concubin.* L'un et l'autre étoient *maris et fœminæ conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens.* Par ce mariage, de même que par le mariage légitime, l'homme et la femme contractoient ensemble une union qu'ils avoient intention de conserver toujours jusqu'à la mort de l'un des deux. Ce qui différencioit le *concubinatus*, du mariage légitime appelé *justæ nuptiæ*, c'est que, par ce mariage, l'homme ne prenoit pas la femme avec qui il se marioit, pour l'avoir à titre de légitime épouse, *justa uxor;* mais il la prenoit pour l'avoir seulement à titre de femme et de concubine. Les enfants qui naissoient de ce mariage n'avoient pas les droits de famille, et le père n'avoit pas sur eux le droit de de puissance paternelle : ils n'étoient pas *justi liberi.* Ils n'étoient pas néanmoins bâtards : on les appeloit *liberi naturales*, et non pas *nothi*, *spurii*, qui étoient les noms de ceux qui étoient nés *ex scorto* et d'unions défendues.

8. Ce *concubinatus* avoit été établi afin qu'un homme qui avoit une inclination pour une femme de basse condition, et notée, et que les lois et la bienséance ne lui eussent pas permis d'épouser pour l'avoir à titre de légitime épouse, pût satisfaire son inclination en se mariant avec elle pour l'avoir seulement pour concubine. Ainsi un sénateur pouvoit prendre pour concubine une femme affranchie de l'esclavage, que les lois ne lui permettoient pas d'avoir pour légitime épouse.

Mais le mariage *concubinatus* n'étoit pas plus permis que le mariage légitime avec une femme avec qui les Romains pensoient que le droit naturel ne permettoit pas de s'unir. Par exemple, si quelqu'un s'étoit marié à sa nièce, quoiqu'il ne l'eût pas prise à titre d'épouse légitime, mais seulement comme concubine, l'union étoit regardée comme incestueuse: *Etiam si concubinam quis habuerit sororis filiam, licèt libertinam, incestum committitur ;* l. 56, ff. *de ritu nupt.*

Par la même raison, on ne pouvoit pas avoir pour concubine la femme d'un autre homme ; et un homme, pendant qu'il étoit marié, ne pouvoit pas avoir une concubine.

Mais lorsqu'un homme qui n'étoit pas marié, prenoit pour concubine une femme avec qui le droit naturel ne lui défendoit pas de s'unir, cette union qu'il contractoit avec

elle, étoit une union qui étoit permise, non-seulement par la loi civile, comme nous l'avons vu, mais qui l'étoit pareillement par l'église, et qui, par conséquent, lorsqu'elle étoit contractée entre des fidèles, étoit élevée à la dignité de sacrement, comme l'est un mariage légitime.

C'est ce que nous apprenons du dix-septième canon du premier concile de Tolède, tenu l'an 400, où il est dit, cap. 17 : *Si quis habens uxorem fidelis, concubinam habeat, non communicet : cæterum qui non habet uxorem, et pro uxore concubinam habet, à communione non repellatur, tantùm ut unius mulieris, aut uxoris, aut concubinæ, ut ei placuerit, sit conjunctioné contentus.*

9. Il reste à savoir quand le mariage qu'un homme avoit contracté avec une femme, devoit être censé un mariage légitime, *justæ nuptiæ*, ou quand il ne devoit passer que pour un *concubinatus.* Cela ne dépendoit pas toujours de l'observation, ou de l'inobservation des cérémonies usitées dans la célébration des mariages, ni de la confection ou du défaut de confection d'un acte de conventions matrimoniales ; car un mariage pouvoit être un mariage *justæ nuptiæ,* quoiqu'il eût été fait sans cet acte et sans ces cérémonies; l. 22, *Cod. de nupt.*

Ce n'étoit que par la différente intention qu'avoit eue l'homme, en se mariant, de prendre sa femme à titre d'épouse légitime, ou de la prendre seulement pour concubine, que le mariage étoit, ou mariage légitime, ou seulement *concubinatus : Concubinam ex solâ animi destinatione æstimari oportet ;* l. 4, ff. de concub. *Concubina ab uxore solo delectu separatur ;* Paul. *Sent. lib.* 2, *t.* 20, §. 2.

Cette intention de prendre une femme pour l'avoir seulement pour concubine, ne se présumoit qu'à l'égard des femmes d'un état vil, et notées.

C'est pourquoi Modestin dit : *In liberæ mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiæ intelligendæ sunt, si non corpore quæstum* (*) *fecerit ;* l. 24, ff. *de rit. nupt.*

10. La distinction de cette double espèce de mariage, *justæ nuptiæ et concubinatus,* n'avoit lieu qu'à l'égard des ci-

(*) Il n'étoit pas permis aux ingénus de contracter un mariage légitime avec des femmes qui avoient fait cette profession. *Ulp. in frag. tit.* 13, §. 20.

toyens romains; les peuples des provinces soumises à la république romaine, qui n'avoient pas les droits de citoyens romains, n'étoient pas capables du mariage qu'on appeloit *justæ nuptiæ*, lequel étoit propre aux seuls citoyens romains: ils n'étoient capables que d'une seule espèce de mariage, qu'on appeloit simplement *matrimonium*, lequel ne donnoit pas au père, sur les enfants qui en naissoient, un droit de puissance paternelle, tel que l'avoient les citoyens romains, mais seulement tel que le donne au père le droit naturel.

Par la suite Antonin Caracalla accorda le nom et les droits de citoyens romains à tous les sujets de l'empire; l. 17, ff. *de stat. hom.*

### §. II. Cette double espèce de mariage est-elle encore en usage?

Cette double espèce de mariage est encore en usage en Allemagne.

L'espèce de mariage que les Romains appeloient *concubinatus* y est encore pratiquée; c'est celle qu'on appelle mariage *ad morganiticam*, ou *mariage de la main gauche*.

Par cette espèce de mariage, un homme de qualité se marie à une femme de basse condition, qu'il prend pour être sa femme d'un ordre subalterne. Cette femme ne participe pas au rang et aux titres de son mari; et les enfants qui naissent de ce mariage ne succèdent ni aux titres, ni à l'hérédité de leur père; mais ils doivent se contenter, ainsi que leur mère, d'une certaine quantité de biens qui leur a été assignée par le contrat. *Voyez le code Frédéric, p. 1, liv. 2, tit. 9, art. 3.*

Cette espèce de mariage n'a pas lieu en France. Nos lois ne permettent pas de se marier à une femme autrement que pour l'avoir à titre de légitime épouse, et le concubinage avec une femme qu'on n'a pas épousée en légitime mariage, est parmi nous une union défendue et criminelle. Au reste, nous avons quelques mariages, qui, quoique valablement contractés, n'ont pas les effets civils, dont nous traiterons *infrà*.

### §. III. Du mariage des esclaves.

Les esclaves n'ayant aucun état civil, *Servi pro nullis habentur*; l. 32, ff. *de reg. jur.* quoique leur mariage fût va-

lable par le droit naturel, pourvu qu'il eût été fait du consentement de leurs maîtres, et qu'ils n'eussent aucun empêchement, c'étoit un mariage destitué de tous les effets civils, et qui n'en avoit d'autres que ceux qui naissent du droit naturel : on appelle ce mariage *contubernium.*

On doit dire la même chose du mariage que les nègres, dans nos colonies, peuvent contracter avec le consentement de leurs maîtres.

On appeloit *contubernium*, non-seulement celui qu'un homme et une femme esclaves contractoient ensemble; celui qu'un homme libre contractoit avec une femme esclave, *aut vice versâ*, était pareillement appelé *contubernium* : c'est pourquoi Paul, *Sent.* 11, 19, 3, dit : *Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest.* Il n'étoit pas moins destitué des effets civils que celui qui étoit contracté par deux esclaves.

---

## CHAPITRE III.

### Par quelles lois se régit le contrat de mariage.

#### ARTICLE PREMIER.

##### De l'autorité de la puissance séculière sur le mariage.

11. Le mariage que contractent les fidèles, étant un contrat que J.-C. a élevé à la dignité de sacrement, pour être le type et l'image de son union avec son église, il est tout à la fois et contrat civil, et sacrement.

Le mariage étant un contrat, appartient, de même que tous les autres contrats, à l'ordre politique; et il est, en conséquence, comme tous les autres contrats, sujet aux lois de la puissance séculière que Dieu a établie pour régler tout ce qui appartient au gouvernement et au bon ordre de la société civile. Le mariage étant celui de tous les contrats qui intéresse le plus le bon ordre de cette société, il en est d'autant plus sujet aux lois de la puissance séculière que Dieu a établie pour le gouvernement de cette société.

Les princes séculiers ont donc le droit de faire des lois pour le mariage de leurs sujets, soit pour l'interdire à cer-

taines personnes, soit pour régler les formalités qu'ils jugent à propos de faire observer pour le contracter valablement.

12. Les mariages que les personnes sujettes à ces lois, contractent contre leur disposition, lorsqu'elles portent la peine de nullité, sont entièrement nuls, suivant la règle commune à tous les contrats, que tout contrat est nul lorsqu'il est fait contre la disposition des lois : *Nullum contractum, nullum conventum, lege contrahere prohibente.*

Il n'y a pas non plus, en ce cas, de sacrement de mariage; car il ne peut y avoir de sacrement sans la chose qui en est la matière. Le contrat civil étant la matière du sacrement de mariage, il ne peut y avoir un sacrement de mariage lorsque le contrat civil est nul; de même qu'il ne peut y avoir un sacrement de baptême sans l'eau qui en est la matière.

13. La puissance séculière a toujours joui de ce droit. C'est par la loi civile que chez les Romains le mariage des enfants de famille étoit nul, lorsqu'il étoit contracté sans le consentement de celui sous la puissance duquel ils étoient. C'est l'empereur Théodose qui a défendu, à peine de nullité, le mariage entre cousins-germains, qui étoit permis avant cette loi. C'est Justinien qui a fait de l'alliance spirituelle, un empêchement dirimant de mariage. Celui de la disparité du culte a été établi par les empereurs Valentinien, Valens, Théodose et Arcade, qui ont prohibé les mariages des chrétiens avec les juifs.

L'église n'a jamais regardé ces lois des empereurs sur les mariages, comme des entreprises de la puissance séculière sur la puissance ecclésiastique : bien loin de cela, nous avons plusieurs canons de conciles qui en recommandent l'observation, et qui prononcent des censures contre ceux qui ne les observent pas.

14. Cette doctrine s'est toujours enseignée dans les écoles de théologie et de droit : le docteur Launoi, dans son grand traité *Regia in matrimonium potestas*, rapporte une foule d'autorités de théologiens de tous les pays et de toutes les écoles, qui l'enseignent.

Je renvoie au livre ceux qui sont curieux de les voir. Je me contente de rapporter ce qu'en dit Ambroise Catharin, dans son traité *de clandestinis Matrimoniis*, imprimé à Rome avec privilége, en 1552 : *Quidquid non est contrà legem*

*Dei ac legem naturæ, credo principes posse circà matrimonium, tanquam circà suam et non alienam materiam suis legibus providere, et ità latam ab eis legem valuisse puto, quà irritabantur matrimonia non consultis parentibus contracta.*

Le jésuite Sanchez, en son traité *de Matrimonio, lib.* 7, *disput.* 3, *n.* 2, reconnoît aussi ce droit des princes séculiers : *Absque dubio dicendum est* (dit-il) *posse principem secularem, ex genere et naturâ suæ potestatis, matrimonii impedimenta dirimentia fidelibus sibi subditis ex justâ causâ indicere.... Nec obstat* (ajoute Sanchez) *principis secularis potestati matrimonium esse sacramentum, quia ejus materia contractus civilis : quâ ratione perindè potest ex justâ causâ illud irritare, ac si sacramentum non esset, reddendo personas inhabiles ad contrahendum, et sic invalidum contractum.*

C'est la doctrine qu'enseignoit en Sorbonne, dans le siècle dernier, M. Hennequin, célèbre professeur de Sorbonne, suivant qu'il paroît par un extrait des cahiers de ce professeur, rapporté dans le traité des empêchements de mariage de M. Boileau, où ce professeur s'exprime ainsi : *Christus matrimonium instituendo sacramentum, nihil in illo ut contractu civili immutavit, sed tantum illi, ut prærequisito fundamento necessario imposuit, trunco inseruit, principali annexuit, materiali affixit naturam et dignitatem sacramenti, ità ut matrimonium contractum civilem reliquerit hujusmodi post, cujusmodi erat ante suam institutionem et elevationem in sacramentum : ut ante elevationem subjiciebatur, ità et post sui elevationem, saltem priusquàm habeat sibi impositam naturam et dignitatem sacramenti, seu reverà sit inter baptizatos initum tanquàm sacramentum, subjicitur potestati publicæ seculari prohibendum ac dirimendum, seu impediendum ne validè et licitè ineatur; tum quia propter omnimodàm humanæ superioritatis, jurisdictionis, inferioritatis, subjectionis ecclesiasticæ, spiritalis et secularis corporalis diversitatem ac distinctionem.* Matthæi 22, 21; Roman. 13, v. 1, ad 8; I. Petri, v. 13, ad 18, et alibi. *Sæpiùs in scripturis inculcatam possunt principes laici, independenter ab auctoritate et approbatione principum ecclesiasticorum, pro varietate locorum, temporum, personarum in suæ reipublicæ secularis regimine seculari connaturaliter et relativè ad suum finem et scopum ferre leges civiles, id est ad pacem et tranquillitatem et bonum reipublicæ pertinentes, quibus ut alios contractus civiles, ità matrimonium contractum civilem suorum subditorum inbaptizato-*

*rum et baptizatorum, quatenùs totius corporis et statûs civilis membrorum prohibeant et dirimant; alioquin carerent potestate sufficiente, quâ bono suæ republicæ, et suorum subditorum communi et consentaneo prospicerent et consulerent.*

*Nec obstat quod baptizatorum matrimonium sit sacramentum, cùm etiam sit essentialiter contractus civilis, quâ parte est directè et immediatè fori ac tribunalis politici, ut justâ ex causâ vetetur et irritetur ac si non esset sacramentum, reddendo personas inhabiles ad contrahendum, ideòque illegitimum et invalidum contractum, cùm tamen matrimonium sacramentum præsupponat, et prærequirat matrimonium contractum civilem legitimum ac validum tanquam suum fundamentum truncum, principale, materiale intrinsecum : et certè cum ex omnium consensu principes politici matrimonium baptizatorum sacramentum, quatenùs contractum civilem possunt impedire ne contrahatur licitè, adhibendo impedimenta prohibentia ; etiam poterunt impedire ne contrahatur validè, sub pœnâ nullitatis adhibendo impedimenta dirimentia.*

15. Quelqu'évidents que soient les principes sur lesquels est fondé le droit qu'a la puissance séculière d'établir par des lois des empêchements dirimants de mariages, sans qu'elle ait besoin pour cela du concours ni de l'approbation de l'autorité ecclésiastique, néanmoins Bellarmin, Basile Pons, et quelques autres auteurs qui voudroient concentrer dans le pape toute puissance, la spirituelle et la temporelle, ont attaqué dans leurs écrits le droit de la puissance séculière sur les mariages.

Leurs arguments sont des plus frivoles. Ils disent : Le mariage est un sacrement, et par conséquent quelque chose de de spirituel. Or la puissance séculière ne s'étend pas aux choses spirituelles : elle ne doit donc pas s'étendre aux mariages : c'est donc une entreprise de la puissance séculière sur la puissance spirituelle, lorsque les princes font des lois sur les mariages.

La réponse à cet argument est facile. Il y a deux choses dans le mariage : le contrat civil entre l'homme et la femme qui le contractent, et le sacrement qui est ajouté au contrat civil, et auquel le contrat civil sert de sujet et de matière.

Je conviens que le mariage, en tant qu'il est sacrement, est quelque chose de spirituel, et n'est point du ressort de la puissance séculière; c'est pourquoi les princes ne peuvent pas faire des lois sur le mariage, en tant qu'il est sacrement.

Ce seroit, par exemple, de la part des princes, entreprendre sur les droits de la puissance spirituelle, s'ils vouloient décider, par leurs lois, quel est le ministre du sacrement de mariage, quelles sont les dispositions qu'on doit apporter pour recevoir la grâce attachée à ce sacrement, et en général s'ils vouloient régler ou décider par leurs lois quelque chose qui concernât le mariage comme sacrement

Mais si le mariage est sacrement, et, sous ce respect, du ressort de la puissance ecclésiastique, il est aussi contrat civil; et comme contrat civil, il appartient à l'ordre politique, et il est en conséquence sujet aux lois de la puissance séculière. La qualité de sacrement qui survient à ce contrat, mais qui en suppose la préexistence, ne soustrait pas ce contrat aux droits qu'a la puissance séculière de régler les contrats, et tout ce qui est de l'ordre politique; car J.-C., en instituant les sacrements, et en publiant son évangile, n'a pas entendu diminuer ni altérer en rien les droits de cette puissance séculière, qu'il a déclarée être établie de Dieu, et à laquelle il a voulu lui-même être soumis en tant qu'homme, pendant tout le temps qu'il a été sur la terre.

D'ailleurs la loi civile, en déclarant nul un contrat de mariage fait contre sa disposition, ne touche point au sacrement de mariage, puisque ce contrat de mariage qu'elle rend nul, n'est pas sacrement : elle empêche seulement, en le déclarant nul, qu'il ne puisse être la matière du sacrement de mariage. J.-C., en élevant le contrat de mariage entre les fidèles, à la dignité de sacrement, n'a entendu élever à cette dignité que les mariages légitimes : il n'y a qu'une union innocente et légitime, telle que celle qui est formée par un mariage légitime, qui soit propre à être le type et l'image de l'union de Jésus-Christ avec son église. Un mariage que la loi civile défend, et qu'elle déclare nul, ne peut passer que pour un commerce illégitime et criminel; et on ne peut prétendre sans une espèce d'impiété, que Jésus-Christ ait voulu élever à la dignité de sacrement un tel commerce, et en faire le type et l'image de son union avec l'église.

16. Les théologiens que nous combattons, disent, pour établir leur système, « qu'il y a deux sortes de contrats de » mariage : l'un, du droit des gens, qui est commun à tous » les peuples; l'autre, du droit civil, lequel est propre et

» particulier à chaque nation. » Jésus-Christ (ajoutent-ils) ayant voulu communiquer ses sacrements, non à un état particulier, mais à toutes les nations et à tous les royaumes, a choisi, pour élever à la dignité de sacrement, le contrat de mariage du droit des gens, qui est commun à toutes les nations, et non le contrat civil de quelqu'état particulier : d'où ces théologiens concluent qu'il suffit qu'un contrat de mariage ne contienne rien de contraire à ce que le droit naturel et des gens exige dans les mariages, quoiqu'on y ait contrevenu à ce qui est requis par la loi civile, pour qu'il soit un vrai mariage, et pour qu'il soit élevé à la dignité de sacrement ; que la contravention à la loi civile peut bien priver ce mariage des effets civils, mais qu'elle ne peut en empêcher le lien.

Je réponds que ces théologiens ne s'expriment pas exactement, lorsqu'ils disent qu'il y a deux sortes de mariages, l'un du droit des gens, l'autre du droit civil. On doit plutôt dire qu'il y a des choses qui sont requises pour la validité des mariages par le droit naturel et des gens, et d'autres qui sont requises par le droit civil de chaque nation ; que celles qui sont requises par le droit naturel et des gens, sont requises partout, dans tous les lieux, et entre toutes sortes de personnes ; au lieu que ce qui est requis par quelque loi civile, n'est requis qu'entre les personnes qui, étant sujets de l'état où cette loi a été portée, sont soumises à son empire.

Mais c'est à tort que ces théologiens donnent le nom de mariage du droit naturel à un mariage qui ne contiendroit à la vérité rien de contraire à ce que requiert le droit naturel, mais dans lequel on auroit contrevenu à quelque loi civile, lorsque les parties qui l'ont contracté sont soumises à l'empire de cette loi : car Dieu, qui est l'auteur du droit naturel, ayant ordonné aux citoyens de chaque état l'obéissance aux lois civiles de l'état dont ils sont sujets, les parties qui contractent un mariage contre la disposition de quelque loi civile de l'état dont ils sont sujets, contreviennent non-seulement à cette loi civile, mais ils contreviennent aussi au droit naturel qui leur ordonnoit l'obéissance à cette loi. C'est pourquoi ce mariage, que nos théologiens conviennent n'être pas un mariage civil, parce qu'il est contraire à la loi civile, n'est pas non plus un mariage du droit naturel, parce qu'il est pareillement contraire à ce que le droit naturel exigeoit des

parties, et ne peut par conséquent servir de matière au sacrement.

17. Nos adversaires, pour prouver que les mariages contractés contre la disposition de la loi civile ne laissent pas d'être valables quant au lien, et qu'ils sont seulement privés des effets civils, allèguent un texte des sentences du jurisconsulte Paul, *lib.* 2, *tit.* 19, 2, où il est dit : *Eorum qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus, matrimonia jure non contrahuntur; sed contracta non solvuntur : contemplatio enim publicæ utilitatis privatorum commodis præfertur.*

Je réponds que ces termes, *sed contracta non solvuntur*, ne doivent pas s'entendre dans le sens qu'ils paroissent d'abord présenter. Pour connoître le véritable sens de ces termes, *sed contracta non solvuntur*, il faut rapprocher ce texte d'un autre texte des sentences de Paul, *lib.* 5, *tit* 6, §. 10, où il est dit : *Benè concordans matrimonium separari à patre D. Pius prohibuit.*

Avant cette constitution d'Antonin, la puissance paternelle ne se bornait pas à empêcher que les enfants de famille ne pussent contracter mariage sans le consentement de leur père; mais même après que le mariage avoit été valablement contracté avec le consentement du père, la puissance paternelle donnoit encore le droit au père de dissoudre le mariage de sa fille par le divorce, lorsqu'il le jugeoit à propos, même malgré sa fille, lorsque sa fille mariée étoit demeurée en sa puissance. C'est ce que nous apprenons d'un fragment d'Ennius, où ce poëte fait ainsi parler une fille :

*Si improbum esse Ctesiphontem existimareras,*
*Cur me huic locabas nuptiis? Sin est probus,*
*Cur talem invitum, invitam cogis linquere?*

L'empereur Antonin ayant trouvé que ce droit qu'avoient les pères de dissoudre le mariage des enfants qu'ils avoient sous leur puissance, lorsqu'il étoit bien concordant, étoit contraire au bien public et au bon ordre de la société, abolit ce droit par sa constitution.

Il est facile à présent d'apercevoir le sens de ces termes, *sed contracta non solvuntur.* Après que Paul a dit que les enfants de famille ne peuvent valablement contracter mariage sans le consentement de leur père, en la puissance de qui ils sont, *Eorum qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus,*

*matrimonia jure non contrahuntur*, il ajoute, *sed contracta non dissolvuntur*; c'est-à-dire, mais lorsque les mariages ont été une fois valablement contractés, le consentement du père y étant intervenu, le père n'a plus le droit de les dissoudre, comme il l'avoit autrefois. Ensuite Paul nous apprend la raison qui a porté l'empereur à abolir ce droit que donnoit autrefois aux pères la puissance paternelle : c'est, dit-il, que l'intérêt public et le bon ordre de la société, qui ne permettent pas de dissoudre des mariages bien concordants, doit prévaloir à cet égard aux droits de la puissance paternelle, qui ne contiennent qu'un intérêt de particuliers : *Contemplatio enim publicæ utilitatis, privatorum commodis præfertur.*

18. Entre les théologiens qui ont voulu dépouiller la puissance séculière du droit qu'elle a, et dont elle a toujours usé, de faire des lois sur les mariages, dont l'inobservation emporte la nullité du mariage, il y en a qui, ne pouvant rien répondre aux exemples tirés des lois romaines sur le droit de la puissance séculière, conviennent que les princes séculiers ont eu effectivement autrefois le droit de faire des lois sur les mariages, et d'établir par ces lois des empêchements dirimants; mais ils disent que l'église, pour de bonnes raisons, s'est réservé à elle seule ce droit, et que les princes s'en sont volontairement désistés. Rien n'est plus absurde que le sentiment de ces théologiens : car le pouvoir qu'ils conviennent que les princes séculiers ont eu de faire des lois pour la validité ou l'invalidité des mariages, est ou spirituel ou temporel. S'il est spirituel, les princes n'auroient jamais pu l'avoir; et lorsqu'ils en ont fait usage, les évêques n'auroient pas manqué de réclamer. S. Ambroise n'auroit pas conseillé à Théodose de faire une loi pour défendre le mariage des cousins-germains; mais il auroit plutôt assemblé un concile de sa province, pour les défendre. Si, au contraire, ce pouvoir dépend de la puissance temporelle, l'église, dont la puissance est toute spirituelle, n'a pu se l'attribuer; et les princes n'ont pu y renoncer, les droits attachés à la puissance souveraine qu'ils ont reçue de Dieu, étant des droits inaliénables.

Par tout ce qui vient d'être dit, il ne peut rester aucun doute que la puissance séculière a le droit de faire des lois sur les mariages, dont l'inobservation les rende absolument et entièrement nuls, non-seulement quant aux effets civils,

mais même quant au lien, et qui les empêche en conséquence de pouvoir servir de matière au sacrement de mariage.

### ARTICLE II.

De l'autorité de l'église sur les mariages.

19. En assurant à la puissance séculière les droits qui lui appartiennent, nous reconnoissons aussi ceux qui appartiennent à la puissance ecclésiastique. Le mariage étant contrat civil et sacrement; s'il est, en tant que contrat civil, soumis aux lois séculières, il est, en tant que sacrement, soumis aux règles de l'église. C'est pourquoi nous n'avons garde de nous élever contre le décret du concile de Trente, qui frappe d'anathème ceux qui contestent à l'église le pouvoir d'établir des empêchements dirimants de mariage: *Si quis dixerit ecclesiam non potuisse constituere impedimenta matrimonii dirimentia, vel in iis constituendis errasse, anathema sit.* Sess. 24, *Can.* 4.

20. Nous avons néanmoins à cet égard deux observations à faire. La première est que le mariage n'étant soumis à la puissance ecclésiastique qu'en tant qu'il est sacrement, et n'étant aucunement soumis à cette puissance, en tant que contrat civil, les empêchements que l'église établit, seuls et par eux-mêmes, ne peuvent concerner que le sacrement, et ne peuvent seuls et par eux-mêmes donner atteinte au contrat civil. Mais lorsque le prince, pour entretenir le concert qui doit être entre le sacerdoce et l'empire, a adopté et fait recevoir dans ses états les canons qui établissent ces empêchements, l'approbation que le prince y donne, rend les empêchements établis par ces canons, empêchements dirimants de mariage, même comme contrat civil.

21. La seconde observation est que, quoique l'église ait le pouvoir d'établir des empêchements dirimants de mariage, et que plusieurs de ceux qui sont aujourd'hui en usage, tels que ceux de la profession religieuse et des ordres sacrés, aient été établis par l'église dans des conciles; néanmoins, pendant bien des siècles, l'église n'a pas usé de ce pouvoir: elle ne connoissoit d'autres empêchements dirimants de mariage que ceux que la loi naturelle, le Lévitique et les lois civiles avoient établis. Le père Labbe, dans le dixième tome de sa collection, a placé après les canons du troisième concile général de Latran, un ancien recueil de lettres de pa-

pes, divisé par titres, auquel l'auteur de ce recueil avoit donné le titre d'*Appendix ad concilium Lateranense tertium.* Nous trouvons dans ce recueil, au titre *de sponsalibus, cap.* 27, une lettre d'un pape Benoît, à Gaudence, patriarche, qui l'avait consulté sur la question de savoir si une fille pouvoit épouser un jeune homme qui avoit été fiancé seulement, et non marié à la défunte sœur de cette fille. Le pape répond ainsi à cette question : Pourquoi, dit-il, condamnerois-je un mariage qui n'est condamné ni par les saintes écritures, ni par les lois de la puissance séculière ? *Cur prohibeam quod probibitum nunquam sacra scriptura declaravit, sed neque mandatæ leges connumeratis personis quibus inter se nuptias contrahere non licet, de hujusmodi aliquid dicunt negotio?*

Tous les empêchements dirimants de mariage, qui ont été établis dans les premiers siècles de l'église, l'ont été par les lois des empereurs; comme nous l'avons vu *suprà, n.* 13 : nous n'en trouvons aucun qui ait été dans ces siècles établi par l'église. Si, dès le VIe et le VIIe siècles, les papes et les conciles ont défendu les mariages pour cause de parenté et d'affinité dans des degrés plus éloignés que ceux dans lesquels ils étoient défendus par les lois civiles, c'est parce qu'on croyoit dans ces temps (comme nous le verrons en son lieu), que ces mariages étoient expressément condamnés par la loi du Lévitique. Les papes et les conciles n'entendoient pas, en défendant ces mariages, établir de nouveaux empêchements dirimants.

22. Même à l'égard des mariages qui ne pouvoient se contracter sans crime, l'église se contentoit de les défendre, sous peine des censures ecclésiastiques ; mais elle ne les déclaroit pas nuls.

Par exemple, quoique l'église ait toujours regardé comme un très-grand péché la violation que faisoient de leur vœu, en se mariant, les vierges qui avoient été solennellement consacrées à Dieu, néamoins, pendant plusieurs siècles, elle n'a pas regardé comme un empêchement dirimant de mariage la profession religieuse, qui l'est devenue depuis. *Voyez ce que nous en rapportons* infrà, *en la troisième partie.*

# SECONDE PARTIE.

Des choses qui ont coutume de précéder le mariage.

Les choses qui ont coutume de précéder le mariage, sont les fiançailles et les bancs de mariage.

## CHAPITRE PREMIER.

### Des fiançailles.

23. Le mariage a coutume d'être précédé de fiançailles : il n'est pas néanmoins de nécessité qu'il en soit précédé.

Les canonistes distinguent deux espèces de fiançailles ; celles qui se font par paroles de présent, et celles qui se font par paroles de futur.

Les fiançailles par paroles de présent, sont la convention par laquelle un homme et une femme déclarent l'un et l'autre qu'ils se prennent dès à présent pour époux.

Avant le concile de Trente, ces fiançailles par paroles de présent, qui se faisoient dans le secret, sans qu'il intervînt de célébration de mariage en face d'église, étoient de vrais mariages. Elles ont été proscrites par le concile de Trente et par l'ordonnance de Blois, et elles ne peuvent plus avoir aucun effet. L'ordonnance de Blois, *art.* 44, défend aux notaires d'en recevoir, à peine de punition corporelle. Mornac, sur la loi 3, ff. *de rit. nupt.*, rapporte des arrêts qui font pareillement défenses aux curés et vicaires d'en recevoir.

24. A l'égard des fiançailles par paroles de futurs, qui sont les seules que nous reconnoissons, nous en trouvons la définition dans la loi 1, ff. *de sponsal. Sponsalia sunt mentio et repromissio futurarum nuptiarum.*

C'est-à-dire, une convention par laquelle un homme et une femme se promettent réciproquement qu'ils contracteront mariage ensemble.

Nous traiterons, 1° de l'antiquité et des raisons de l'usage des fiançailles ; 2° des personnes qui peuvent les contracter ; 3° comment elles se contractent ; 4° des choses qui ont coutume de les accompagner ; 5° des effets des fiançailles ; 6° des juges qui sont compétents pour connoître des fiançailles, et des peines des parties qui refusent de les accomplir ; 7° enfin, des clauses qui peuvent décharger les fiancés de leur engagement.

## ARTICLE PREMIER.

### De l'antiquité de l'usage des fiançailles, et des raisons de cet usage.

25. L'usage des fiançailles est très-ancien parmi les hommes : il étoit observé chez les peuples du Latium, suivant le témoignage de Servius-Sulpicius, rapporté par Aulu-Gelle, *Noct. Attic.*, *lib.* 4, *cap.* 4.

Cet usage a passé de là chez les Romains : *Moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras;* l. 2, ff. *de spons.*

Elles étoient aussi en usage chez les Grecs.

En remontant à une antiquité reculée, nous trouvons que Rachel fut fiancée à Jacob long-temps avant qu'on la lui donnât en mariage.

26. S. Augustin nous rapporte la principale raison de cet usage des fiançailles : *Constitutum est*, dit-il, *ut jam pactæ sponsæ non statim tradantur, ne vilem habeat maritus datam, quam non suspiraverit sponsus dilatam ; Can.* Constitutum, *caus.* 27, *quæst.* 2.

Cet usage de faire précéder de quelque temps les fiançailles avant que de contracter le mariage, remédie aussi aux inconvénients qui se trouvent dans des mariages trop précipités, qui se contractent entre des parties avant qu'elles se connoissent.

## ARTICLE II.

### Quelles personnes peuvent contracter ensemble des fiançailles.

27. Pour qu'un homme et une femme puissent contracter valablement ensemble des fiançailles, il faut qu'ils soient

capables de contracter mariage ensemble, ou du moins qu'ils puissent décemment espérer de le devenir.

Suivant ce principe, un frère et une sœur ne peuvent pas valablement contracter ensemble des fiançailles, parce qu'ils ne peuvent jamais être capables de contracter mariage ensemble.

Au contraire, un cousin et une cousine, quoique dans un degré prohibé, peuvent valablement contracter ensemble des fiançailles; car quoiqu'ils ne soient pas alors capables de contracter mariage ensemble, ils peuvent décemment espérer de le devenir, lorsqu'ils auront obtenu les dispenses nécessaires.

28. Un homme marié ne peut pas contracter valablement des fiançailles avec une autre femme : car quoiqu'il puisse devenir capable de l'épouser après la mort de sa femme, il ne peut décemment espérer de devenir capable d'en épouser une autre.

29. Des impubères peuvent, avec l'autorité de leurs parents ou tuteurs, contracter valablement des fiançailles : car quoiqu'ils ne soient pas encore capables de contracter mariage, ils peuvent décemment espérer de le devenir.

Il faut néanmoins pour les fiançailles, qui se forment, comme tous les autres contrats, par le consentement des parties, que ces impubères soient en âge de comprendre ce qu'ils font, c'est-à-dire, qu'ils aient au moins sept ans : *A primordio ætatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utrâque personâ intelligatur, id est, si non sunt minores quàm septem annis;* l. 14, ff. *de spons.*

ARTICLE III.

Comment se contractent les fiançailles.

30. Les fiançailles sont un contrat consensuel qui se forme par le seul consentement : *Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia;* l. 4, ff. *de spons.*

La disposition de l'ordonnance de 1639, *art.* 7, qui porte que les fiançailles seront rédigées par écrit en présence de quatre parents, concerne la manière dont les fiançailles doivent se prouver lorsque l'une des parties en disconvient, et non la substance de l'engagement.

Ce consentement qui forme les fiançailles, doit être un

consentement parfait, qui n'ait point été extorqué par violence ou par menaces, et qui n'ait pas été surpris.

La liberté y est tellement nécessaire, que si l'une des parties paroissoit avoir eu un grand empire sur l'esprit de l'autre partie, l'engagement ne seroit pas valable. C'est sur ce fondement que des promesses de mariage faites entre un médecin et sa malade, pendant sa maladie, quoiqu'avec le consentement du père de la fille, ont été jugées non-valables par un arrêt que rapporte Bouchel, en sa *Bibliothèque des arrêts*. Fevret le rapporte aussi.

Il n'est pas toujours nécessaire que ce consentement soit exprès. Lorsqu'un père fiance sa fille à quelqu'un, la fille qui est présente, et qui ne contredit pas à ce que fait son père, est censée consentir tacitement aux fiançailles : *Quæ patris voluntati non repugnat, consentire intelligitur ;* l. 12, ff. *d. tit.*

Mais la convention par laquelle les parents du garçon et ceux de la fille conviennent de les marier ensemble, sans que le consentement du garçon et de la fille intervienne au moins tacitement, ne sont pas de véritables fiançailles : cette convention n'oblige point le garçon et la fille qui n'ont point consenti, et ne forme point l'empêchement d'honnêteté publique qui résulte des fiançailles ; *cap.* 1, *de spons. impub. in* 6°.

31. De même qu'on ne peut contracter mariage qu'avec une personne certaine et déterminée, on ne peut non plus contracter valablement des fiançailles qu'avec une personne certaine et déterminée ; *cap.* 1, *de spons.*, *in* 6°. C'est pourquoi si un jeune homme promettoit à trois sœurs d'épouser l'une d'elles, cette promesse ne produiroit aucun engagement.

32. Outre le consentement des personnes qui contractent ensemble les fiançailles, il faut aussi, pour la validité des fiançailles, celui des personnes dont le consentement est requis pour leur mariage : *In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est quorum in nuptiis desideratur;* l. 7, §. 1, ff. *d. tit.*

C'est pourquoi les enfants de famille et les mineurs ne peuvent contracter valablement des fiançailles et faire des promesses de mariage sans le consentement de leurs père ou mère, tuteur ou curateur. Les princes et princesses du sang ne le peuvent sans le consentement du roi.

33. Il est nécessaire, pour la validité de l'engagement des fiançailles, que cet engagement soit réciproque. C'est ce qui résulte de la définition des fiançailles, rapportée *suprà, n.* 24, *repromissio futurarum nuptiarum.* Ce terme *repromissio,* signifie une promesse réciproque. En conséquence Fevret, en son *Traité de l'abus,* l. 5, *chap.* 1, *n.* 3, nous rapporte que M. l'avocat-général Servin, dans la cause du sieur Desportes, fit voir que le billet dudit sieur Desportes, conçu en ces termes : *Je promets à mademoiselle Bourderet de l'épouser,* étoit nul, et ne produisoit aucune obligation, parce qu'il n'y avoit pas de promesse réciproque de ladite demoiselle, qui avoit seulement, *ex post facto,* apposé sa signature au billet, en l'absence dudit Desportes.

Du principe qu'il est de l'essence du contrat de fiançailles que l'engagement soit réciproque, on tire cette conséquence, que lorsqu'un billet qui contient des promesses de mariage, est laissé entre les mains de l'une des parties, sans que l'autre en ait de son côté un double, le traité est nul, parce qu'étant au pouvoir de la partie entre les mains de qui est le billet, de ne pas exécuter le traité, en supprimant le billet, l'engagement n'est pas réciproque.

Mais si le billet étoit déposé entre les mains d'un tiers, il seroit valable.

34. Les fiançailles peuvent se contracter non-seulement purement et simplement; on peut aussi y apposer un terme, et même une condition, de même qu'aux autres contrats.

L'effet du terme, suivant les principes établis en notre *Traité des obligations, n.* 230, consiste à empêcher chacune des parties de poursuivre, avant qu'il soit expiré, l'autre partie, pour demander l'exécution des fiançailles ; mais il n'empêche pas que les fiançailles ne soient, dès l'instant du contrat, valablement contractées, et qu'elles ne produisent dès-lors les engagements qui en naissent, et les empêchements qui en résultent, dont nous parlerons *infrà, part.* 3, *ch.* 3, *art.* 5.

35. La condition qui seroit apposée aux fiançailles, est bien différente d'un simple terme. Non-seulement elle empêche les parties de pouvoir, avant son accomplissement, demander l'exécution des fiançailles ; mais encore elle les suspend de manière que les fiançailles ne produisent les obligations et les autres effets qui en naissent, que dans le cas

auquel la condition s'accompliroit, et qu'au contraire elles sont regardées comme non avenues, si la condition défaut.

Tant que la condition est encore pendante, il n'y a pas d'obligation, mais seulement une espérance d'obligation. Mais comme une obligation conditionnelle donne à celui envers qui elle est contractée, le droit de faire les actes conservatoires du droit qu'il espère avoir, quoiqu'il ne l'ait pas encore, si l'une des parties qui ont contracté des fiançailles conditionnelles pendant que la condition est pendante, faisoit publier des bancs avec une autre personne, celle envers qui elle a contracté ses premières fiançailles conditionnelles, seroit fondée à y former opposition.

36. Les conditions qu'on peut apposer aux fiançailles, doivent être honnêtes et possibles. Si on avoit apposé une condition impossible, ou la condition d'une chose contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, les fiançailles seroient nulles; tout contrat fait sous de telles conditions étant nul, suivant les principes de droit que nous avons rapportés en notre *Traité des obligations, n.* 204.

L'auteur des Conférences de Paris prétend au contraire que les fiançailles contractées sous une condition impossible, ne laissent pas d'être valables, et que la condition doit être regardée comme non écrite, de même que les dispositions de dernière volonté. Il se fonde sur une décrétale de Grégoire IX, qui est rapportée au chapitre dernier, *ext. de cond. appos.* Mais cette décrétale étant dans l'espèce de conditions apposées au mariage, même lorsqu'on le contractoit, on n'a pu en tirer argument pour de simples fiançailles de futur.

37. Les fiançailles peuvent être contractées non-seulement *ex certo die, vel sub conditione,* avec un terme ou sous une condition; elles peuvent aussi, de même que les autres conventions, être contractées *ad certum tempus, vel ad certam conditionem,* auquel cas elles produisent, aussitôt qu'elles sont contractées, une obligation réciproque, pour l'accomplissement de laquelle chacune des parties a action aussitôt. Mais si l'échéance du terme ou de la condition arrive avant que les fiançailles aient eu leur accomplissement par le mariage des parties, et avant que ni l'une ni l'autre des parties ait été mise en demeure de les accomplir, l'obligation des

fiançailles cesse de plein droit. *Voyez notre Traité des obligations, n.* 224.

38. On a fait la question, si un mariage nul pouvoit valoir au moins comme fiançailles? Les canonistes font à cet égard une distinction. Lorsque le mariage est nul par le défaut d'observation des formes que la loi prescrit, comme lorsque des personnes se sont mariées ailleurs qu'en face d'église, un tel mariage ne vaut pas même comme fiançailles, parce que la loi ne donne aucun effet aux actes faits au mépris de la loi, sans observer les formes qu'elle prescrit. C'est le cas de la maxime, *Quod nullum est, nullum producit effectum.* Mais lorsqu'on a observé les formes, et que le mariage qui a été fait de bonne foi, n'est nul que parce que les parties n'étoient pas encore capables de contracter mariage, quoiqu'elles fussent capables de contracter des fiançailles; comme lorsque l'une des parties n'avoit pas encore l'âge de puberté : en ce cas, l'acte qui ne peut valoir comme mariage, vaut comme fiançailles, la promesse réciproque de se prendre présentement pour époux, renfermant celle de se prendre pour époux lorsqu'on le pourra. C'est l'avis de Fagnan, *ad cap. ext. de despons. impub.*

## ARTICLE IV.

### Des choses qui ont coutume d'accompagner les fiançailles.

Les choses qui ont coutume d'accompagner les fiançailles, sont, 1° la bénédiction des fiançailles en face d'église; 2° les arrhes et les présens de mariages; 3° l'acte qui contient les conventions de mariage, qu'on appelle *contrat de mariage.*

### §. I. De la bénédiction des fiançailles.

39. L'usage de la bénédiction des fiançailles est très-ancien dans l'église. Elle y étoit en usage dès le IVe siècle, suivant ce qui paroît par une lettre du pape Syrice à Himérius, évêque de Tarragone, qui est rapportée au second tome des conciles du père Labbe. Il y est dit, art. 4 : *De conjugalium violatione requisisti, si desponsatam alii puellam, alter in matrimonium possit accipere? Hoc ne fiat, modis omnibus inhibemus, quia illa benedictio quam* NUPTURÆ *sacerdos imponit, apud fideles, sacrilegii instar est, si ullâ transgressione violetur.*

Il est évident que le pape parle, non de la bénédiction nuptiale, mais de la bénédiction que le prêtre donnoit aux personnes fiancées; car il dit, *quam* NUPTURÆ *sacerdos imponit*. Il ne dit pas *nubenti :* et d'ailleurs il ne pouvoit être question que d'une fiancée dans ce qui faisoit l'objet sur lequel Himérius avoit consulté le pape. Himérius n'auroit pas eu besoin de demander au pape si on pouvoit marier une femme qui l'étoit déjà à un autre.

40. Quelque ancien que soit l'usage de cette bénédiction, elle n'est pas de l'essence des fiançailles, qui ne laissent pas d'être valables, quoiqu'elle ne soit pas intervenue. En cela les fiançailles diffèrent du mariage, qui, selon les lois du royaume, ne peut être valablement contracté qu'en face d'église.

La bénédiction est si peu de l'essenee des fiançailles, que, selon l'usage de quelques diocèses, du nombre desquels est notre diocèse d'Orléans, la bénédiction des fiançailles ne se fait qu'après la publication des bancs, et par conséquent long-temps après qu'elles ont été contractées.

L'usage des diocèses où la bénédiction des fiançailles précède la publication des bancs, est beaucoup plus régulier.

41. Cette cérémonie de la bénédiction des fiançailles se fait en face d'église. Les parties y déclarent devant le curé de leur paroisse, ou autre prêtre par lui commis, qu'elles promettent de s'épouser, et le prêtre récite sur elles les prières accoutumées, telles qu'elles sont contenues dans les rituels des différents diocèses.

Lorsque les parties sont de différentes paroisses, cette cérémonie se fait dans celle de la fiancée, plutôt que dans celle du fiancé; car il est de la décence que ce soit le fiancé qui paroisse aller rechercher la fiancée.

### §. II. Des arrhes, et des présents de mariage.

42. On appelle *arrhes* ce que quelqu'un donne à un autre pour gage de l'exécution de l'engagement qu'il contracte ou qu'il a contracté envers lui, à la charge de n'en avoir aucune répétition, dans le cas auquel il manqueroit par sa faute à l'accomplir.

Chez les Romains, c'étoit le fiancé qui avoit coutume de donner des arrhes à la fiancée, ou au père de la fiancée, en la puissance de qui elle étoit. S'il manquoit par sa faute à

son engagement, il perdoit les arrhes qu'il avoit données : si c'étoit par la faute de la personne qui les avoit reçues, qui, sans aucun juste sujet, refusoit d'accomplir le mariage, les arrhes devoient être rendues autrefois au quadruple; l. 6, *Cod. Theod. de sponsal.*; et depuis, par la constitution de Léon et Anthême, seulement au double; l. 5; §. 1, *Cod. de sponsal.*; l. 16, *Cod. de episcop. Aud.*

Lorsque le mariage n'avoit pas lieu, sans la faute ni de l'une ni de l'autre des parties, *putà*, par la mort de l'une d'elles, avant qu'elle eût été mise en demeure d'accomplir son engagement, ou pour quelque juste cause que l'une ou l'autre partie avoit eue de ne pas accomplir les fiançailles, les arrhes étoient rendues purement et simplement sans aucune crue; l. 3, *Cod. de sponsal.* Les arrhes doivent pareillement être rendues, lorsque le mariage a eu lieu.

43. Parmi nous, le fiancé et la fiancée se donnent assez souvent réciproquement des arrhes : celle des parties qui, sans aucun juste sujet, refuse d'accomplir son engagement, doit rendre à l'autre les arrhes qu'elle a reçues, et perdre celles qu'elle a données, pourvu néanmoins qu'elles ne fussent pas trop considérables, eu égard à la qualité et aux facultés des parties.

Lorsque les arrhes sont considérables, et qu'elles excèdent de beaucoup la somme à laquelle pourroient être réglés les dommages et intérêts résultants de l'inexécution des promesses de mariage, la partie qui les a données, et qui refuse, sans aucun juste sujet, d'accomplir son engagement, ne laisse pas d'en avoir la répétition, sous la déduction seulement de la somme à laquelle le juge doit régler les dommages et intérêts dus à la partie qui les a reçues, pour l'inexécution des promesses de mariage. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 20 août 1680, rapporté au 2ᵉ tome du *Journal du palais*.

La raison est, qu'étant d'une extrême importance pour le bien de la société civile, que les mariages soient parfaitement libres, une partie ne doit pas être mise dans la nécessité de contracter un mariage contre son gré, par la crainte de souffrir une trop grosse perte, si elle refusoit d'accomplir les promesses de mariage pour l'exécution desquelles elle a donné des arrhes trop considérables.

44. C'est par cette même raison qu'on n'a, dans notre ju-

risprudence, aucun égard aux stipulations pénales par lesquelles un homme et une femme se promettent réciproquement une somme d'argent, ou quelque autre chose, en cas de refus d'exécuter les promesses de mariage qu'ils se sont faites, lorsque la somme ou la chose promise excède ce que le juge estime être dû pour les dommages et intérêts; arrêt du 29 août 1713, au sixième volume du journal. Notre jurisprudence est en cela conforme au droit canonique; *Cap. Gemma*, 29, *ext. de sponsal.*

45. Les fiançailles sont aussi souvent accompagnées de présents que le fiancé fait à la fiancée, ou qu'ils se font réciproquement l'un à l'autre. Suivant le droit romain, avant Constantin, ces donations étoient censées pures et simples, et ne se révoquoient pas lorsque le mariage manquoit, à moins qu'il n'y eût quelques circonstances qui y fissent présumer la condition, *si nuptiæ sequantur;* l. 2, *Cod. de don. ante nupt.*

Par les constitutions de Constantin, la condition *si nuptiæ sequantur*, y est toujours sous-entendue; et lorsque le mariage manque par la mort de l'une ou de l'autre partie, il y a lieu à la répétition des choses données; sauf que *si jam osculum intervenerat*, la fiancée retenoit la moitié de ce qui lui avoit été donné en présent; l. 15 *et* 16, *Cod. d. tit.*

Selon les mœurs des Romains, bien différentes des nôtres, une fille n'admettoit aucun homme à la baiser au visage, pas même souvent son fiancé. Lorsqu'elle y avoit admis son fiancé, le fiancé *videbatur pudicitiam ejus prælibasse, in cujus pudicitiæ prælibatæ præmium*, la fiancée, lorsque le mariage manquoit, retenoit la moitié de ce qui lui avoit été donné.

En cela ce qui étoit donné en présent, étoit différent des arrhes que la fiancée devoit rendre en ce cas, sans en rien retenir.

A plus forte raison, lorsque c'étoit par le refus du donataire que le mariage manquoit, les choses qui lui avoient été données en présent, devoient être rendues.

46. Suivant notre jurisprudence françoise, dans tous les présents qui se font à des fiancés, la condition *si nuptiæ sequantur* y est toujours sous-entendue, quoiqu'elle n'y ait pas été exprimée; et il y a en conséquence toujours lieu à la répétition des choses données, lorsque le mariage manque,

à moins que ce ne fût par le refus du donateur : car en ce cas, le donateur ayant été mis en demeure d'accomplir la condition, elle doit passer pour accomplie vis-à-vis de lui, suivant la règle de droit : *In omnibus causis pro facto id accipitur, quoties per aliquem mora fit, quominùs fiat;* l. 39, ff. *de reg. jur.*

### §. III. De l'acte qui contient les conventions matrimoniales.

47. Les fiançailles sont ordinairement accompagnées ou suivies d'un acte reçu devant notaires, qui se passe en présence des parents des fiancés, qu'on assemble pour cet effet, lequel contient les conventions matrimoniales. On donne à cet acte le nom de *contrat de mariage.*

Cet acte n'est pas de nécessité. Il arrive souvent que les parties se marient sans faire de contrat de mariage, sur-tout parmi les pauvres gens : en ce cas, les dispositions des coutumes sur la communauté, le douaire, etc., leur en tiennent lieu.

48. Ce contrat de mariage ne peut se faire qu'avant le mariage : il n'est plus permis, après la célébration du mariage, de faire aucunes conventions matrimoniales. Plusieurs coutumes en ont des dispositions. Notre coutume d'Orléans, *art.* 202, dit : « En traité de mariage et *avant* la » foi baillée et bénédiction nuptiale, homme et femme peu» vent faire et apposer telles conditions, douaires, donations » et autres conventions que bon leur semblera. »

C'est pour cela que les contrats de mariage doivent être faits devant notaires, dans la crainte des antidates dont les actes sous signatures privées sont susceptibles.

Il y a pourtant des provinces où on admet les contrats de mariage faits sous les signatures privées des parties et de leurs parents respectifs.

## ARTICLE V.

### Des effets que produisent les fiançailles.

Le principal effet que produisent les fiançailles, est qu'elles forment dans chacune des parties un engagement réciproque d'accomplir sa promesse, lorsqu'elle en sera requise par l'autre partie; d'où naît une action que chacune des parties a contre l'autre pour l'obliger à l'accomplir.

Cet effet dérive de la nature des fiançailles, qui sont un contrat synallagmatique.

Le second effet des fiançailles, qui est une suite du premier, est qu'elles forment dans chacune des parties un empêchement prohibitif qui les empêche de pouvoir, pendant qu'elles subsistent, se marier licitement à un autre.

Cet engagement n'est que prohibitif : il n'est pas dirimant, comme nous le verrons *infrà, part.* 3.

Enfin, le troisième effet des fiançailles est qu'elles forment, même après leur dissolution, un empêchement dirimant, qu'on appelle d'honnêteté publique, qui empêche chacune des parties d'épouser les parents de la ligne directe de l'autre partie, et même ceux du premier degré de la collatérale, comme nous le verrons *infrà, part.* 3.

## ARTICLE VI.

Quels juges sont compétents pour connoître de la validité des fiançailles. La partie qui refuse de les exécuter, peut-elle y être contrainte; et quelle est la peine de son refus.

49. Les fiançailles étant un contrat, appartiennent, de même que tous les autres contrats, à l'ordre politique ; et par conséquent c'est le juge séculier qui en est le juge naturel.

Néanmoins, en considération de ce que les fiançailles ont pour objet le mariage que les parties se sont réciproquement obligées de contracter, et que le mariage, en tant qu'il est élevé à la dignité de sacrement, renferme quelque chose de spirituel, nos rois ont bien voulu permettre que les juges d'église pussent aussi connoître des fiançailles, pourvu qu'ils se bornent à connoître seulement de leur validité ou invalidité, et non des dommages et intérêts qui résultent de leur inexécution.

Le juge d'église ne peut connoître des fiançailles qu'entre le fiancé et la fiancée. Lorsque c'est un père qui a promis de donner son fils ou sa fille à quelqu'un, l'engagement qu'il contracte n'a rien de spirituel : il ne peut être poursuivi pour l'accomplir, que devant le juge séculier.

50. Lorsque l'une des parties fiancées a assigné l'autre devant l'official, pour exécuter des promesses de mariage, la

partie assignée, ou convient ou disconvient des promesses.

Lorsqu'elle en disconvient, l'official n'en peut admettre la preuve que de la manière dont elle est prescrite par la déclaration du 26 novembre 1639, qui porte : « Défendons à » tous juges, même à ceux d'église, de recevoir la preuve » par témoins des promesses de mariage, autrement que par » écrit qui soit arrêté en présence de quatre proches parents » de l'une et de l'autre partie, encore qu'elles soient de basse » condition. »

La disposition de cette déclaration est conforme à l'ordonnance de Moulins, qui a défendu la preuve testimoniale de toutes choses excédant cent livres, dont les parties ont pu se procurer une preuve par écrit.

Cette déclaration n'établit donc pas un droit nouveau; elle ne fait que confirmer à cet égard l'ordonnance de Moulins. C'est pourquoi, par arrêt du 29 décembre 1629, antécédent à cette déclaration, la cour jugea qu'il y avoit abus dans un appointement de l'official du Mans, qui avoit permis la preuve testimoniale de promesses de mariage : il est rapporté par Bardet, *tom.* 1, *liv.* 3, *chap.* 76.

51. Lorsque les promesses sont avouées ou prouvées, l'official entre en connoissance de cause, si l'engagement a été valablement contracté, et s'il n'est survenu depuis aucun juste sujet d'en dégager la partie qui l'a contracté. Lorsque l'official trouve l'engagement valable, il prononce que les fiançailles sont valables, et il exhorte la partie à accomplir son engagement; mais il ne peut la condamner à l'exécution, ni l'y contraindre par censures ecclésiastiques. S'il le faisoit, il y auroit lieu à l'appel comme d'abus. Arrêt du 1er juin 1638, rapporté par Bardet, *tom.* 2, *liv.* 7, *chap.* 36. Nous avons rejeté en France le chapitre 10, *extr. de spons.*, qui permet aux juges d'église d'employer cette voie. Parmi nous, l'official doit se contenter des voies d'exhortation ; et si la partie persiste dans son refus, il doit prononcer la dissolution des fiançailles, en lui imposant une pénitence pour son manque de foi, qui consiste dans quelques prières, ou légères aumônes. Ce manque de foi doit être toléré comme un moindre mal, pour éviter de plus grands maux que pourroit occasionner un mariage qui seroit contracté par contrainte; *Can. requisivit*, 17, *extr. de sponsal.*

52. Tout le pouvoir du juge d'église se borne à imposer

cette pénitence ; il ne peut pas statuer sur les dommages et intérêts résultants de l'inexécution des fiançailles : s'il le faisoit, il y auroit lieu à l'appel comme d'abus.

Néanmoins, quoique l'official soit incompétent par la nature de l'affaire, pour statuer sur ces dommages et intérêts, il pourroit être compétent par la qualité de la personne à qui ils seroient demandés ; *putà*, si un chanoine, simple clerc tonsuré, avoit fait des promesses de mariage qu'il refusât d'exécuter, et que la fille à qui il les a faites, l'eût assigné en l'officialité, et y eût conclu en des dommages et intérêts, l'official seroit compétent pour y statuer, par la qualité de la personne à qui ils sont demandés, un official étant compétent en matière profane, pour connoître des actions pures personnelles qui sont intentées devant lui contre des ecclésiastiques. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du mois de février 1690, sur les conclusions de M. de Lamoignon, qui fit la distinction que nous faisons. L'arrêt est rapporté au 5e tome du *Journal des audiences*.

53. Hors ce cas, il faut, pour les dommages et intérêts résultants de l'inexécution des fiançailles, se pourvoir devant le juge séculier du domicile de la partie refusante.

Quoique la question sur la validité des fiançailles ait déjà été examinée et jugée à l'officialité, on ne laisse pas de la discuter de nouveau devant le juge séculier, le jugement de l'official ne pouvant former un préjugé dans le tribunal séculier, qui en est indépendant.

Lorsque le juge trouve l'engagement valable, il condamne la partie qui refuse de l'accomplir, à une somme à laquelle il arbitre les dommages et intérêts dus à l'autre partie, pour l'inexécution de l'engagement.

Les dépenses que les recherches de mariage ont causées pendant tout le temps qu'elles ont duré, à celui qui se plaint de l'inexécution des fiançailles, et la perte du temps qu'elles lui ont causée, sont les objets les plus ordinaires de ces dommages et intérêts. L'affront que souffre la partie à qui on a manqué de foi, y peut aussi quelquefois entrer, dans le cas auquel il y auroit lieu de craindre qu'il ne pût nuire à son établissement avec quelque autre.

54. Le juge, en condamnant la partie qui refuse d'accomplir les promesses de mariage, à une somme pour les dommages et intérêts, ne doit pas ajouter cette alternative : *si*

*mieux n'aime épouser ;* cette prononciation est indécente, et paroît blesser la liberté des mariages : la cour l'a défendue par arrêt du 10 mars 1713.

### ARTICLE VII.

**Des causes qui peuvent décharger de leur engagement les parties qui ont contracté des fiançailles.**

55. Il n'est pas douteux que les parties qui ont contracté des fiançailles, peuvent être déchargées de leur engagement par leur consentement mutuel.

Cela a lieu, quand même les fiançailles auroient été bénites en face d'église : car ce n'est pas la bénédiction qui forme l'engagement ; il est formé par le seul consentement des parties, dès avant que la bénédiction soit intervenue ; et par conséquent il peut se dissoudre par leur seul consentement, suivant le principe commun à tous les contrats consensuels : *Quæ consensu contrahuntur, contrario consensu dissolvuntur.*

Quoique les fiançailles aient été confirmées par serment, elles se dissolvent par le consentement mutuel des parties, sans que ces parties soient tenues de se faire absoudre de leur serment. L'engagement du serment n'étant qu'accessoire à celui des promesses de mariage que les parties se sont faites, celui qui résulte des promesses étant détruit par leur consentement mutuel, celui du serment l'est aussi de plein droit, suivant ce principe de droit : *Quæ accessionum locum obtinent, extinguuntur quum principales res peremptæ sunt ;* l. 2, ff. *de pen. leg.*

56. Quoique les fiançailles se dissolvent par le consentement mutuel des parties qui les ont contractées, néanmoins lorsque ce sont des mineurs qui les ont contractées de l'autorité de leurs parents ou tuteurs, cette autorité, tant qu'ils sont en puissance d'autrui, est nécessaire pour rompre l'engagement, comme elle l'a été pour le contracter, suivant la règle : *Quæque eodem modo dissolvuntur, quo colligata sunt ;* l. 35, ff. *de reg. jur.*

57. Ce consentement mutuel de se désister des fiançailles, est censé tacitement intervenu, lorsque les parties ont laissé passer le temps porté par les promesses de mariage, dans lequel elles doivent s'accomplir, sans en avoir requis de part

ni d'autre l'accomplissement; c'est pourquoi le laps de ce temps dissout en ce cas de plein droit les fiançailles; *cap.* 22, *extr. de sponsal.*

Lorsque les promesses de mariage ne portent aucun temps dans lequel elles devront être accomplies, les empereurs Constance et Constant décident que si les parties demeurent dans la même province, la fiancée peut impunément se marier, au bout de deux ans, à un autre : *Si is qui puellam suis nuptiis pactus est, intrà biennium exequi nuptias, in eâdem provinciâ degens supersederit, ejusque spatii fine decurso, in alterius conjunctionem puella pervenerit, nihil fraudis ei sit, quæ nuptias maturando vota sua diutiùs eludi non passa est;* l. 2, *Cod. de spons.*

Lorsque le fiancé est absent, la fiancée n'est pas obligée d'attendre son retour plus de trois ans; l. 2, *Cod. de repud.*

58. Les parties sont sur-tout censées s'être dégagées mutuellement de leurs fiançailles, par un consentement tacite, lorsque par le fait de l'une et de l'autre, elles ont contracté un engagement dirimant de leur futur mariage; comme lorsqu'après avoir contracté des fiançailles avec une veuve qui étoit grosse d'un posthume, j'ai été depuis, à sa prière, le parrain de l'enfant dont elle est accouchée. *Voyez* infrà, *part.* 3.

Il en est autrement, lorsque l'empêchement dirimant a été contracté par le fait seul de l'une des parties; comme lorsque depuis les fiançailles, le fiancé a commis fornication envers une parente de la fiancée. La fiancée est bien dégagée envers lui, mais il ne l'est pas envers elle; et il est obligé, si la fiancée le requiert, d'obtenir à ses dépens dispense de cet empêchement; sinon il est tenu des dommages et intérêts.

59. Il y a certaines causes pour lesquelles l'une des parties est dégagée de son engagement, sans le consentement de l'autre.

1° Lorsque l'une des parties a manqué à la foi qu'elle avoit donnée, l'autre est dégagée envers elle de son engagement.

C'est sur ce fondement qu'il est décidé au chapitre *Quemadmodùm, extr. de jurejurando*, que si l'une des parties peut prouver que l'autre a commis fornication depuis les fiançailles, elle est dégagée envers elle.

Par la même raison, si l'une des parties fiancées contracte mariage, ou même de simples fiançailles avec une autre personne, l'autre partie est dégagée envers elle.

Observez qu'il n'y a que la partie à qui l'autre a manqué de foi, qui soit dégagée de son engagement; celle qui y a manqué, demeure engagée. Par exemple, la partie qui a commis fornication, peut être assignée pour exécuter la promesse de mariage qu'elle a faite.

Celle qui s'est mariée à un autre, contre la foi de son engagement, ne peut pas, à la vérité, tant que ce mariage dure, être assignée pour exécuter la promesse de mariage, puisqu'elle ne peut plus l'exécuter; mais elle peut l'être en paiement des dommages et intérêts résultants de l'inexécution de sa promesse; et même après la dissolution de son mariage, qui mettoit obstacle à l'exécution de sa promesse, elle est tenue, si elle en est requise, de l'exécuter.

Lorsqu'une fiancée a manqué à sa foi, en commettant fornication avec un autre homme; si, sur mon refus de l'épouser, et faute de preuve de cette cause de dissolution de nos fiançailles, j'ai été condamné envers elle en des dommages et intérêts, elle est obligée dans le for de la conscience, à me restituer la somme qu'elle a reçue pour lesdits dommages et intérêts : car ce n'est que faute de fournir la preuve de son manquement de foi, que j'ai été condamné en ces dommages et intérêts; mais dans la vérité des choses, ayant été dégagé de mon engagement par son manquement de foi, je ne lui en dois point dans le for de la conscience.

60. 2° Une partie est dégagée de l'engagement des fiançailles, sans le consentement de l'autre, lorsqu'il est survenu quelque chose à la partie avec qui elle les a contractées, qui l'eût certainement empêché de les contracter, si elle l'eût prévu.

Le chapitre *Quemadmodùm*, 25, *ext. de jurejurando*, rapporte pour exemple le cas auquel la personne à qui j'ai été fiancé, seroit devenue lépreuse ou paralytique, ou auroit perdu les yeux ou le nez.

Il en est de même des autres maladies comme de l'épilepsie. On peut apporter d'autres exemples; comme lorsque la partie avec qui j'ai contracté des fiançailles, a depuis été condamnée à quelque peine infamante; ou bien encore

lorsqu'il lui est survenu un renversement de fortune imprévu, qui l'empêche de pouvoir apporter un bien capable de subvenir de sa part aux charges du mariage.

Cette décision a lieu quand même, par les fiançailles, il n'auroit été aucunement question de ce que chacune des parties apporteroit en mariage. Elle souffre beaucoup moins de difficulté lorsque par le contrat de fiançailles on a réglé ce que chacune des parties apporteroit en mariage; car en ce cas je suis censé ne m'être engagé à vous épouser que sous la condition que vous apporteriez en mariage ce que vous avez promis d'y apporter. Le renversement de votre fortune vous mettant hors d'état de l'apporter, je suis déchargé de mon engagement, *quasi ex defectu conditionis.*

Lorsque ma fiancée a été, depuis nos fiançailles, ravie par quelqu'un, quoiqu'elle n'ait pas consenti au rapt, ce rapt me délie de l'engagement des fiançailles : car quoique je ne puisse pas lui reprocher qu'elle ait manqué à la foi qu'elle m'avoit donnée, et que je ne puisse par conséquent me prétendre délié de mon engagement pour cause d'un manque de foi de sa part, je le suis pour une autre cause, qui est que le rapt d'une fille laisse à cette fille une certaine note qui m'eût empêché de contracter des fiançailles avec elle, si je l'eusse prévu.

61. 3° Je suis déchargé de l'engagement des fiançailles, non-seulement lorsqu'il est survenu à la personne à qui j'ai été fiancé, quelque chose qui m'eût empêché de les contracter, si je l'eusse prévu; mais encore j'en suis déchargé lorsque c'est à moi qu'il est survenu quelque chose qui m'eût empêché de contracter ces fiançailles, si je l'eusse prévu. Par exemple, s'il m'est survenu quelque infirmité qui ne me permette pas de m'engager dans le mariage, sans courir risque d'endommager ma santé; comme si je suis devenu pulmonique, ou si c'est une infirmité qui me mette hors d'état de gagner ma vie; s'il m'est survenu un dérangement de fortune qui me mette hors d'état de pouvoir supporter les charges du mariage que nous nous étions promis de contracter. Dans ces cas, et autres semblables, je suis dispensé de tenir mon engagement de fiançailles, que je n'eusse pas contracté, si j'eusse prévu ce qui est arrivé.

*Quid, vice versâ,* si après avoir contracté des fiançailles avec une personne dont la fortune étoit alors égale à la

mienne, il m'est depuis survenu une grosse fortune, qui mette une grande disproportion entre ma fortune et celle de ma fiancée, et qui m'eût empêché de conctracter avec elle, si je l'eusse prévu? Puis-je en conscience ne la pas épouser, et chercher un autre parti plus considérable, sauf à lui payer les dommages et intérêts résultants de l'inexécution des fiançailles? J'ai été surpris que l'auteur des Conférences de Paris, *tome* 1, *pages* 181 *et* 182, ait décidé pour l'affirmative, pendant que le jésuite Sanchez, qui passe pour un casuiste relâché, tient la négative.

La décision du jésuite me paroît sans difficulté. La cupidité qui m'a porté à rechercher une plus grande fortune que celle de ma fiancée, ne peut, aux yeux de Dieu, ni même aux yeux des honnêtes païens, paroître une raison valable pour manquer à la foi que je lui ai promise. Si j'ai cru, lors des fiançailles, avoir avec le bien de ma fiancée et celui que j'avois alors, de quoi supporter les charges du mariage que nous nous sommes promis de contracter, à plus forte raison j'ai de quoi les supporter depuis que ma fortune a augmenté; et par conséquent rien ne m'empêche de le contracter.

Les raisons qu'apporte l'auteur des Conférences pour son sentiment, sont des plus frivoles. Il dit, 1° qu'il est à propos qu'il y ait dans les mariages égalité de fortune, de peur que le plus riche ne méprise l'autre, et que ce mépris ne trouble la paix du mariage. Je réponds qu'on doit supposer que celui qui consulte sur ce cas, est un honnête homme; car s'il ne l'étoit pas, il ne consulteroit pas, et il ne trouveroit aucune difficulté à violer son engagement : mais dès qu'on le suppose honnête homme, on ne doit pas craindre que la disproportion de sa fortune le porte à mépriser sa femme. Il n'y a que de malhonnêtes gens qui soient capables de ces sentiments.

Il dit, 2° qu'on doit supposer les fiançailles contractées sous la condition qu'il ne surviendra rien de nouveau. Je réponds qu'on ne doit pas facilement supposer dans les contrats des conditions qui n'y ont pas été exprimées; mais surtout on ne peut pas supposer qu'on ait mis pour condition une chose à laquelle on n'a pas même pensé. On ne doit donc pas supposer, dans cette espèce, qu'on ait voulu faire dépendre les fiançailles de la condition, s'il n'arrivoit pas

une augmentation considérable de fortune à quelqu'une des parties, puisqu'on n'y a pas même pensé.

62. Quoiqu'il ne soit rien survenu de nouveau ni de part ni d'autre, lorsque je viens à découvrir dans la personne avec qui j'ai contracté les fiançailles, quelque sujet qui existoit au temps des fiançailles, dont je n'avois pas connoissance, et qui m'eût empêché de les contracter si je l'eusse su, je dois à plus forte raison être dégagé de mon engagement. La réticence de la partie avec qui j'ai contracté les fiançailles, est une raison de plus pour rendre mon engagement nul, et m'en décharger.

On peut apporter pour exemple le cas auquel j'avois ignoré que la fille avec qui j'ai contracté des fiançailles, auroit été reprise de justice, ou se seroit laissée abuser par quelqu'un avant les fiançailles.

Il est vrai qu'Innocent III, au chapitre *Quemadmodùm*, ci-dessus cité, décide qu'on ne peut se dispenser de tenir sa promesse à sa fiancée, sur le prétexte qu'elle auroit commis fornication avant les fiançailles; mais la pureté de nos mœurs ne permet pas de suivre cette décision.

63. Observez que si depuis qu'il est survenu quelque chose à ma fiancée, qui fût de nature à me fournir un juste sujet de retirer ma parole; et pareillement si depuis que j'ai découvert pareille chose, que j'ignorois au temps des fiançailles, j'ai néanmoins continué à fréquenter ma fiancée, et à la traiter comme ma fiancée, je deviens par là non-recevable à alléguer cette chose pour me faire décharger de mon engagement, étant censé, par cette fréquentation, l'avoir confirmé en pleine connoissance de cause.

Il en est de même dans le cas inverse. Une fiancée qui a continué de recevoir son fiancé depuis qu'il lui est survenu ou qu'elle a reconnu quelque chose, n'est plus recevable à le lui opposer.

64. Selon le droit des décrétales, l'une des parties peut licitement, sans le consentement de l'autre, manquer à l'engagement des fiançailles, en faisant des vœux solennels de religion, ou en se faisant promouvoir aux ordres sacrés; l'autre partie ne pouvant pas trouver mauvais qu'elle retire la foi qu'elle lui avoit donnée, pour l'engager à Dieu.

Je pense que si la partie peut en ce cas licitement manquer à la foi des fiançailles, ce ne doit être qu'à la charge

de dédommager l'autre partie, des dépenses qu'elles lui ont occasionnées.

65. Lorsque l'une des parties a pris l'habit de religion, elle n'est pas dégagée de son engagement, qui n'est que suspendu jusqu'à ce qu'elle ait fait profession; autrement la porte seroit ouverte aux fraudes, et il seroit au pouvoir d'une fiancée de rompre impunément son engagement, en faisant semblant d'entrer en religion. Mais quoique la partie qui est entrée dans un noviciat, ne soit pas dégagée de son engagement, néanmoins l'autre partie est aussitôt dégagée du sien; car celle qui a pris l'habit de religion, est censée avoir suffisamment par là renoncé aux fiançailles. *Van-Espen, de sponsal. cap.* 2, *n.* 20.

A l'égard des vœux simples que l'une des parties allégueroit avoir faits, ces vœux, n'ayant aucun effet dans le for extérieur, ne peuvent la décharger de son engagement.

---

## CHAPITRE II.

### Des bans de mariage.

66. Le mariage, avant que d'être célébré, doit être précédé de bans.

Le terme de *bans* signifie *publication, proclamation.*

Les bans de mariage sont des dénonciations publiques qui se font aux prônes des églises paroissiales, du mariage que les parties dénommées par lesdites dénonciations entendent contracter, avec injonction à ceux qui sauroient des empêchements audit mariage, de les révéler.

Nous traiterons, 1° de l'antiquité de l'usage des bans de mariage, et de leur nécessité; 2° de leur forme; 3° nous verrons par qui la publication doit s'en faire; 4° où elle doit être faite; 5° en quel temps; 6° de quelles choses le curé doit s'assurer avant que de publier les bans; 7° nous traiterons des dispenses de bans; 8° des oppositions aux bans de mariage.

#### §. I. De l'antiquité de l'usage des bans de mariage, et de leur nécessité.

67. L'usage de faire précéder les mariages par des publications de bans, est très-ancien dans l'église: il en est fait

mention dans l'épître décrétale du pape Innocent III à l'évêque de Beauvais, vers le commencement du XIIIe siècle, où ces mots, *secundùm consuetudinem ecclesiæ gallicanæ,* se trouvent dans la collection dont Antoine Augustin a donné une édition, et qui ne se trouvent plus dans celle de Raymon de Pegnafort, où cette décrétale est rapportée, *cap.* 27, *extr. de sponsal.*

Innocent III a fait une ordonnance dans le concile de Latran, pour faire observer cet usage dans toute l'église; *cap. Cùm inhibitio, ext. de cland. despons.*

68. Les motifs de cette discipline sont, 1° pour empêcher les mariages clandestins, en rendant les mariages publics par la publication des bans; 2° pour avoir révélation des empêchements de mariage qui pourroient se rencontrer dans les parties dont on publie les bans.

Tous ceux qui ont connoissance de quelque empêchement, étant avertis par la publication des bans, sont obligés de révéler au curé qui les a publiés, la connoissance qu'ils en ont.

Ils y sont obligés, quand même ils n'en pourroient fournir la preuve; car le curé qui en est averti, peut, sur les représentations qu'il fera secrètement à la partie, la faire convenir de l'empêchement, et l'engager à renoncer au mariage qu'elle vouloit contracter.

69. Le concile de Trente a renouvelé l'ordonnance du concile de Latran. L'ordonnance de Blois a donné force de loi à cet usage. Elle porte, *art.* 40 : « Pour obvier aux abus » qui adviennent des mariages clandestins, avons ordonné » que nos sujets ne pourront valablement contracter mariage » sans proclamations précédentes de bans, faites par trois » divers jours de fêtes, avec intervalle compétent. »

Quoiqu'il sembleroit par ces termes, *ne pourront valablement contracter mariage,* que le défaut de publication de bans devroit rendre le mariage nul, néanmoins comme c'est principalement pour obvier à la clandestinité des mariages, que l'ordonnance requiert cette formalité, suivant qu'elle s'en exprime en l'article ci-dessus rapporté, on ne seroit pas reçu à attaquer, par le défaut de cette formalité, un mariage dont la publicité ne seroit pas contestée, et qui ne seroit pas accusé de clandestinité. C'est ce qu'enseignent d'Héricourt, en ses *Lois ecclésiastiques, chapitre du mariage, art.* 1,

*n.* 21, et plusieurs autres auteurs. Bardet, *liv.* 7, *chap.* 38, rapporte un arrêt du mois d'août 1638, qui a déclaré valable un mariage célébré entre majeurs, sans publication de bans préalable. Il y a un arrêt semblable, du 15 mars 1691, rendu sur les conclusions de M. d'Aguesseau, rapporté au cinquième tome du Journal des audiences, quoique dans l'espèce le mariage eût commencé *ab illicitis.*

Mais lorsqu'un mariage est accusé de clandestinité, si la publicité n'est pas bien prouvée, le défaut de publication de bans est d'un grand poids pour le faire déclarer clandestin, et le faire en conséquence priver des effets civils.

Le prêtre qui a célébré le mariage sans s'être fait représenter ou le certificat des proclamations de bans donné par ceux qui ont dû les publier, ou la dispense de bans accordée par l'évêque ou son grand-vicaire, peut être poursuivi, tant devant son official que devant le juge séculier, et être puni par l'official, par des peines canoniques, et par le juge séculier, par des amendes ou autres peines, suivant l'exigence des cas.

### §. II. De la forme des bans de mariage.

70. Les bans de mariage doivent contenir les noms, surnoms, qualités et demeures des parties, et les noms et qualités de leurs père et mère ; de manière que le peuple qui est assemblé dans l'église où ils se publient, puisse connoître qu'elles sont les personnes dont on publie les bans de mariage.

Cette publication doit se faire en langue vulgaire, à haute et intelligible voix, de manière que tout le monde l'entende.

### §. III. Par qui doit se faire la publication des bans.

71. La publication doit se faire par le curé de la paroisse où elle est faite, ou par son vicaire, ou par un prêtre par lui commis. Cette publication étant une fonction curiale, elle ne pourroit pas par conséquent être valable, si elle étoit faite par un curé primitif, de sa propre autorité. Albert rapporte un arrêt du parlement de Toulouse, du 3 février 1692, qui a déclaré abusive une proclamation de bans de mariage faite par le doyen de l'église cathédrale d'Agde, en sa qualité de curé primitif de la paroisse établie dans cette cathédrale.

Il a été aussi défendu aux huissiers et autres officiers de justice, de faire des publications de bans, sur le refus du curé. Fevret, l. 5, *chap.* 2, rapporte un arrêt du 12 mars 1614, qui a condamné un sergent à de grosses peines, pour avoir publié des bans sur le refus du curé. On doit, en cas de refus du curé, l'assigner devant l'official, pour lui enjoindre de les publier; et s'il persiste dans son refus, l'évêque ou son vicaire-général peut commettre un prêtre pour les aller publier dans l'église du curé refusant.

§. IV. Où doit se faire la publication des bans.

72. Cette publication doit être faite dans l'église paroissiale des parties; et lorsqu'elles sont de différentes paroisses, elles doivent être faites dans l'église paroissiale de chacune des parties, c'est-à-dire, dans celle du lieu de leur résidence ordinaire, quand même ce lieu ne seroit pas leur vrai domicile de droit, parce qu'ils n'y sont pas pour perpétuelle demeure, mais pour raison de quelque emploi amovible qu'ils y exercent.

Lorsqu'une partie a changé de paroisse sans changer de diocèse, s'il n'y a pas six mois entiers qu'elle y demeure, ses bans doivent être publiés non-seulement dans la paroisse de sa nouvelle demeure, mais encore dans la paroisse qu'elle a quittée.

Lorsqu'elle a changé de diocèse, il faut qu'il y ait un an entier qu'elle y demeure, pour être dispensée de faire publier ses bans dans la paroisse qu'elle a quittée.

Lorsque les parties sont mineures, leurs bans doivent être publiés non-seulement dans le lieu de leur résidence, qui est leur domicile de fait, mais encore dans celui de la demeure de leurs père, mère, tuteur ou curateur, lieu qu'on appelle à cet égard leur domicile de droit.

73. Lorsqu'une partie demeure dans le détroit d'une église qui est annexe d'une autre église, c'est l'église annexe qui est sa paroisse, et où ses bans de mariage doivent être publiés: ils ne seroient pas bien publiés dans l'église matrice.

On appelle église annexe celle qui est gouvernée par le même curé que celui de l'église matrice, mais qui a un détroit particulier distingué de celui de l'église matrice, et où les fidèles de ce détroit vont recevoir les sacrements, où il y a pour cet effet des fonts baptismaux, et où il y a une fabrique particulière.

Il en est autrement des églises ou chapelles succursales établies pour la commodité des paroissiens éloignés de l'église parcissiale. Les bans ne seroient pas valablement publiés dans la succursale ; ils doivent l'être dans l'église paroissiale.

§. V. En quel temps se fait la publication des bans.

74. L'ordonnance dit que les bans seront publiés *par trois divers jours de fêtes, avec intervalle compétent.*

Elle entend par jours de fêtes, tant les dimanches que les autres jours fêtés par le peuple.

Barbosa, dont Van-Espen rapporte le sentiment, pense que les jours auxquels on fait dans la paroisse une fête qui, sans être d'obligation, mais seulement de dévotion, y attire un aussi grand concours qu'aux plus grands jours de fêtes, doivent être compris sous le terme de jours de fêtes, et qu'on peut valablement publier en ce jour des bans de mariage.

C'est *intrà missarum solemnia,* c'est-à-dire, au prône de la messe de paroisse, que doivent se publier les bans : la publication seroit abusive si elle étoit faite le soir à vêpres.

75. L'ordonnance veut qu'il y ait un intervalle compétent entre les jours que se font les publications.

Cet intervalle est requis principalement afin que ceux qui ont des oppositions à former aux bans, aient le temps de les former.

Il faut aussi que ceux qui auroient connoissance de quelque empêchement, aient le temps de venir à révélation.

L'ordonnance n'ayant pas réglé le temps de cet intervalle, il dépend de l'usage des différents diocèses : dans plusieurs diocèses, du nombre desquels est le nôtre, il suffit qu'il soit d'un jour.

C'est pourquoi, si après qu'on a fait une première publication le dimanche, il se rencontre une fête au mardi suivant, la seconde publication pourra se faire le mardi ; mais si la fête s'étoit trouvée le lundi, elle n'auroit pu se faire, faute d'intervalle.

§. VI. Des choses dont le curé doit s'assurer avant de publier les bans de mariage.

76. Les bans de mariage ne doivent se publier que du consentement des deux parties qui se sont réciproquement

promis de s'épouser : c'est pourquoi, si l'une des parties apporte à son curé des bans de mariage à publier, le curé ne doit pas procéder à la publication, sans s'être auparavant assuré que l'autre partie y consent.

Lorsque les parties, ou l'une d'elles, sont enfants de famille, ou en puissance d'autrui, le curé doit, avant que de procéder à la publication des bans, se faire représenter le consentement de leurs père, mère, tuteur ou curateur; ce consentement étant requis pour la publication des bans, par la déclaration du 26 novembre 1639, *art.* 1, où il est dit : « La proclamation des bans sera faite par le curé de » chacune des parties contractantes, avec le consentement » des père, mère, tuteur ou curateur, s'ils sont enfants de » famille, ou en la puissance d'autrui. »

### §. VII. Des dispenses de bans.

77. Le roi, en faisant, par l'ordonnance de Blois, une loi qui n'étoit auparavant qu'un article de discipline ecclésiastique, a bien voulu laisser aux évêques ou à leurs vicaires-généraux le pouvoir d'en accorder des dispenses. Les vicaires-généraux nommés par les chapitres des cathédrales pour exercer la juridiction épiscopale pendant la vacance du siége, ont le droit d'accorder ces dispenses.

On a mis en question, si certains abbés qui sont en possession d'une juridiction quasi-épiscopale dans un certain territoire, ont le droit d'accorder ces dispenses. Fagnan, sur le chapitre *Cùm inhibitio, ext. de cland. desp.*, le leur refuse. L'auteur des Conférences de Paris cite des exemples d'abbés qui sont en possession de les accorder; sauf que l'évêque a la prévention, et que lorsque les parties se sont adressées à l'évêque, qui les a refusées, l'abbé ne peut plus les accorder.

Lorsque les parties sont de différents diocèses, la dispense de l'évêque de l'une des parties ne suffit pas; chacune des parties doit avoir la dispense de son évêque.

78. L'ordonnance de Blois a réglé en quel cas il étoit permis aux évêques d'accorder ces dispenses.

Il est dit en l'*art.* 40 de cette ordonnance, « qu'on ne » pourra obtenir dispenses qu'après la première proclama- » tion faite ; et ce seulement pour quelque urgente et légi-

» time cause, et à la réquisition des principaux et plus pro-
» ches parents des parties contractantes. »

On peut donner pour exemple d'une juste cause de dispense, le cas auquel il y auroit lieu de craindre de la part de quelqu'un, qu'il ne formât par malice une opposition mal fondée, qui différeroit le mariage pendant un long temps qui seroit nécessaire pour la faire vider : *Si probabilis fuerit suspicio matrimonium malitiosè impediri posse, si tot præcesserint denuntiationes; Conc. Trid. Sess. 24, cap.* 1.

Il peut y avoir plusieurs autres justes causes de dispenses; *putà*, la grossesse de la fiancée, qui exige l'accélération de la célébration du mariage, pour éviter le scandale d'un accouchement qui arriveroit avant ou trop peu de temps après le mariage.

Le cinquième concile de Milan, tenu par Saint Charles, décide que la proximité du temps du carême ou de l'avent, n'est pas une cause suffisante pour dispenser de la publication de quelqu'un des trois bans. *Cùm præsertim* ( dit le concile ) *eo sacro tempore, qui jam matrimonio juncti sunt ab illius usu abstinere potiùs conveniens sit, nedùm sponsos unà conjungi.* Conc. Med. 5, can.

Saint Charles étoit bien éloigné d'accorder des dispenses pour la célébration du mariage, même dans ces saints temps.

79. La disposition de l'ordonnance, qui ne permet d'accorder des dispenses de la proclamation de quelqu'un des bans, que pour de justes causes, n'est guère bien observée.

Celle qui défend de n'en accorder qu'après la première publication, n'est pas non plus observée à la rigueur; et on tolère que les évêques ou leurs grands-vicaires accordent quelquefois la dispense des trois bans : mais ils doivent être très-réservés. Par arrêt du 13 juin 1634, rapporté par Bardet, *tom.* 2, l. 3, *chap.* 23, il est fait défenses à tous grands-vicaires de ne plus accorder dispense de trois bans, sans connoissance de cause, à peine de nullité, et de répondre en leur nom des dépens, dommages et intérêts des parties.

Fevret, en son *Traité de l'abus*, l. 5, *chap.* 2, *n.* 32, observe, à l'égard des dispenses, qu'il y a lieu à l'appel comme d'abus, lorsque le supérieur ecclésiastique a imposé aux parties plus que ce qui est accoutumé, quand même la somme auroit été applicable en œuvres pies.

80. Il nous reste à observer que les évêques ou leurs vicaires-généraux peuvent bien dispenser de faire les proclamations, mais qu'ils n'ont pas le droit de permettre qu'elles soient faites par un prêtre étranger, ni ailleurs qu'en la paroisse des parties : si l'évêque le permettoit, il y auroit lieu à l'appel comme d'abus. *Ferret*, l. 5, *chap.* 2, *n.* 8.

§. VIII. Des oppositions aux bans.

81. Les personnes qui prétendent avoir droit d'empêcher le mariage dont on a publié les bans, peuvent former opposition aux bans.

Telle est celle qui prétendroit être mariée, ou même seulement fiancée à une personne dont on a publié les bans de mariage avec une autre.

Ces oppositions sont aussi quelquefois formées par les parents, sur-tout par les père, mère, tuteurs ou curateurs, qui prétendent avoir droit d'empêcher le mariage de l'une des parties.

82. Cette opposition se fait par une signification qui est faite par le ministère d'un huissier ou sergent, au curé qui a publié les bans, par laquelle il est dit qu'un tel est opposant au mariage d'un tel ou d'une telle, dont le curé a publié les bans.

L'arrêt de réglement du 15 juin 1691, ordonne qu'à cet effet les curés seront tenus d'avoir un registre où ils transcriront les oppositions, et pareillement les désistements et main-levée qui en seroient donnés par les parties, ou prononcés par des jugements. Ils doivent faire signer sur leur registre la personne qui donnera la main-levée; et lorsqu'ils ne la connoissent pas, ils doivent se faire certifier qu'elle est la même personne.

L'opposition, quelque mal fondée qu'elle paroisse, doit empêcher le curé de passer à la célébration du mariage, jusqu'à ce qu'il ait été donné main-levée, ou par la partie opposante, ou par le juge.

L'appel interjeté par l'opposant, de la sentence qui a donné main-levée, suspend cette main-levée, et doit empêcher le curé à qui il est signifié, de passer outre à la célébration.

Le curé qui, au mépris de l'opposition à lui signifiée, auroit passé outre à la célébration du mariage, doit, suivant le droit canonique, être puni par l'official, par une

suspense de trois ans; *cap. Cùm inhibitio, ext. de cland. de spons.* Il peut aussi en ce cas être poursuivi devant le juge séculier, pour les dommages et intérêts de la partie opposante. Mais le mariage n'est pas nul, pour cela seul qu'il a été célébré au mépris de l'opposition, lorsqu'elle n'étoit pas fondée. D'Héricourt, en son *Traité des lois ecclésiastiques, tit. du mariage, n.* 23, en fait une maxime, et il n'y a point de loi qui en prononce en ce cas la nullité. Néanmoins il y a au cinquième tome du Journal des audiences, un arrêt du 3 décembre 1691, qui, sur l'appel comme d'abus interjeté par un père, de la célébration du mariege de son fils majeur de trente-deux ans, célébré au mépris de son opposition, a déclaré nul ce mariage, quoiqu'il y en eût plusieurs enfants. Les moyens proposés par M. l'avocat-général de Lamoignon, étoient qu'il étoit important pour le public de ne pas souffrir qu'on passât outre à la célébration d'un mariage, au mépris d'une opposition; qu'ainsi le mariage devoit être déclaré nul, sauf aux parties, après l'opposition vidée, à le réitérer. J'aurois de la peine à me rendre à la décision de cet arrêt, et à déclarer nul un mariage, pour avoir été célébré au préjudice de l'opposition, lorsqu'il paroît qu'elle n'étoit pas fondée.

83. La partie qui veut avoir main-levée de l'opposition faite à ses bans de mariage, doit assigner l'opposant devant le juge qui est compétent pour en connoître.

La compétence du juge dépend de la chose qui fait l'objet de l'opposition.

Lorsque l'opposition concerne le lien des fiançailles ou d'un mariage, que la partie opposante prétend avoir contracté avec la partie dont on a publié les bans de mariage avec un autre, c'est au juge d'église que la connoissance en appartient, et devant qui l'assignation doit être donnée; *suprà, n.* 49.

Si l'opposant fournit la preuve qu'il y a effectivement un mariage subsistant entre lui et la partie dont on a publié les bans avec une autre personne, l'official doit alors, en faisant droit sur l'opposition, faire défenses de passer outre au mariage.

Lorsque ce ne sont que des fiançailles qui font le sujet de l'opposition, si l'opposant en fait la preuve, l'official les déclare bonnes et valables, et il exhorte l'autre partie à les

accomplir. Si elle persiste en son refus, après lui avoir imposé une pénitence, il prononce la dissolution des fiançailles, et en conséquence fait main-levée de l'opposition. Lorsque l'opposition n'est pas trouvée fondée, l'official en prononce la main-levée; mais il ne peut statuer sur les dommages et intérêts; il y auroit lieu à l'appel comme d'abus, s'il le faisoit.

84. Toutes les autres oppositions qui ne concernent pas le lien, telles que celles qui sont faites par le père, la mère ou le tuteur de l'une des parties, sont entièrement de la compétence du juge séculier : il y auroit lieu à l'appel comme d'abus, si le juge d'église s'ingéroit d'en connoître.

---

# TROISIÈME PARTIE.

Des personnes qui peuvent contracter mariage ensemble; et des empêchements de mariage qui se rencontrent dans les personnes.

85. Les personnes qui peuvent contracter mariage ensemble, sont celles dans lesquelles il n'y a aucun empêchement de le contracter, ou qui en ont obtenu une valable dispense.

Dans nos colonies, les esclaves, avec la permission de leurs maîtres, peuvent contracter mariage aussi bien que les personnes libres. Comme ils n'ont pas d'état civil, leurs mariages n'ont à la vérité aucuns effets civils, mais ils ont les effets qui naissent du droit naturel; ils forment une union indissoluble, qu'il n'est pas en leur pouvoir, ni au pouvoir de leurs maîtres de rompre. Nous avons, à se sujet, un canon d'un concile de Châlons, tenu en l'an 817 : ce canon, qui est le trentième, condamne l'opinion de ceux qui pensoient que les maîtres pouvoient à leur gré rompre le mariage de leurs esclaves : *Non attendentes,* dit ce canon, *illud evangelicum, quod Deus conjunxit, homo non separet; undè visum est nobis ut conjugia servorum non dirimantur, etiam si diversos dominos habeant; sed in uno conjugio permanentes, dominis suis serviant... et hæc ubi legalis conjunctio fuit, et ex consensu dominorum.*

Nous partageons cette partie en quatre chapitres. Dans le premier, nous rapporterons les divisions générales des empêchements de mariage qui peuvent se rencontrer dans les personnes. Dans le second, nous parcourrons les différentes espèces d'empêchements dirimants absolus. Dans le troisième, nous parcourrons les différentes espèces d'empêchements dirimants relatifs. Dans le quatrième, nous traiterons des dispenses de ces empêchements.

Nous ne traiterons dans toute cette partie, que des empêchements de mariage qui se rencontrent dans les personnes.

Il y a d'autres empêchements qui naissent du défaut de quelqu'une des choses qui sont requises pour la validité des mariages : cette matière sera traitée dans la quatrième partie.

## CHAPITRE PREMIER.

### Divisions générales des empêchements de mariage qui se rencontrent dans les personnes.

86. La principale division des empêchements de mariage qui peuvent se rencontrer dans les personnes, est en ceux qu'on appelle *dirimants*, et ceux qu'on appelle simplement *prohibitifs*.

Les empêchements *dirimants* sont ceux qui rendent nul le mariage de la personne en qui ils se rencontrent lorsqu'elle le contracte.

Mais si ces empêchements ne surviennent en la personne de l'un des conjoints qu'après son mariage, ils ne peuvent pas, comme nous le verrons *infrà*, dissoudre un mariage valablement contracté. Nous parcourrons les différentes espèces de ces empêchements dans les deux chapitres suivants.

Les empêchements simplement prohibitifs, sont ceux qui empêchent la personne en qui ils se rencontrent, de contracter *licitement* le mariage, mais qui ne l'empêchent pas de le contracter valablement.

La personne en qui se rencontre cet empêchement, commet un péché en se mariant; mais son mariage est valable.

87. Le vœu simple de chasteté qu'a fait une personne, tant qu'elle n'en a pas obtenu dispense du supérieur ecclésiastique, est un empêchement de mariage qui n'est que prohibitif. Il n'y a que les vœux solennels de religion qui forment un empêchement dirimant.

C'est pourquoi si une personne qui a fait ce vœu simple, contracte mariage, elle pèche en le contractant; mais le mariage est valable.

Observez que son vœu de continence subsiste, à l'effet qu'elle ne peut demander le devoir conjugal, ni passer à un autre mariage après la dissolution de celui qu'elle a contracté, sans commettre un nouveau péché. Mais son vœu n'empêche pas qu'elle ne doive rendre le devoir conjugal, lorsqu'elle en est requise : l'engagement qu'elle a contracté

envers la personne qu'elle a épousée, à qui elle a donné un pouvoir sur son corps, est à cet égard un engagement plus fort que celui de son vœu, et auquel celui de son vœu doit céder.

C'est la décision de S. Augustin, dans sa lettre au comte Boniface, qui s'étoit marié après avoir fait vœu de continence : *Certè*, lui dit-il, *ad illam vitam continentiæ non hortarer; conjux impedimento est, sine cujus consensione vivere non licet.*

88. Le lien qui résulte des fiançailles valablement contractées, forme aussi, tant qu'il subsiste, un empêchement de mariage avec toute autre personne que celle à qui on a donné sa foi, qui n'est que prohibitif.

89. Il y avoit plusieurs autres espèces d'empêchements prohibitifs, qui ne sont plus en usage.

Tant que l'usage de la pénitence publique a subsisté dans l'église, l'état de pénitence publique formoit dans la personne qui y avoit été soumise, un empêchement de mariage qui n'étoit que prohibitif, et qui duroit tout le temps que devoit durer la pénitence.

Le meurtre de son mari ou de sa femme, et celui d'un prêtre, formoient aussi autrefois dans la personne du meurtrier, un empêchement prohibitif de mariage.

Le mariage contracté avec une religieuse, connue pour telle, formoit aussi dans la personne qui l'avoit contracté, un pareil empêchement.

90. Une autre division des empêchements de mariage qui se rencontrent dans les personnes, est en ceux qui sont *absolus*, et ceux qui sont seulement *relatifs*.

Les empêchements absolus sont ceux qui empêchent la personne en qui ils se rencontrent, de contracter aucun mariage, tels que ceux qui résultent du défaut de raison, du défaut de puberté, de la profession religieuse, et les autres, dont nous traiterons au chapitre suivant.

Les empêchements relatifs sont ceux qui n'empêchent pas absolument la personne en qui ils se rencontrent, de contracter aucun mariage, mais qui l'empêchent seulement de contracter mariage avec certaines personnes, tels que sont ceux qui résultent de la parenté, de l'affinité, et autres dont nous traiterons au chapitre troisième.

91. Enfin une autre division des empêchements de mariage qui se rencontrent dans les personnes, est en ceux

qui naissent de la nature même du mariage, ceux qui naissent de la loi naturelle et divine, et ceux qui naissent des lois des princes séculiers, ou de la discipline ecclésiastique.

Les empêchements qui naissent de la nature même du mariage, sont le défaut de raison, le défaut de puberté et l'impuissance. Le mariage étant un contrat qui, de même que tous les autres contrats, ne peut se former que par le consentement des parties contractantes, il est évident que que les personnes qui, n'ayant pas l'usage de la raison, sont incapables de donner un consentement, sont par conséquent incapables de contracter mariage.

Pareillement, le mariage ayant pour fin principale la procréation des enfants, il s'ensuit que le défaut de puberté et l'impuissance rendent incapable de mariage.

Les empêchements qui naissent de la loi naturelle et divine, sont ceux qui sont rapportés aux chapitres 18 et 20 du Lévitique.

Les autres empêchements naissent des lois des princes, ou de la discipline ecclésiastique.

---

# CHAPITRE II.

## Des empêchements dirimants de mariage qui sont absolus.

Les empêchements dirimants de mariage qui se rencontrent dans les personnes, et qui sont absolus, c'est-à-dire, qui empêchent la personne en qui ils se rencontrent, de contracter aucun mariage, sont au nombre de six; 1° le défaut de raison; 2° le défaut de puberté; 3° l'impuissance; 4° un mariage subsistant; 5° la profession religieuse; 6° l'engagement dans les ordres sacrés. Nous traiterons de chacun.

### ARTICLE PREMIER.

### Du défaut de raison.

92. Il est évident que les personnes qui sont entièrement privées de l'usage de la raison, soit par folie, soit par imbécilité, sont absolument incapables de contracter mariage, puisqu'elles sont incapables de donner un consentement qui

est de l'essence du mariage, de même que de tous les autres contrats.

Lorsque la folie d'une personne a des intervalles lucides, cette personne ayant pendant ce temps l'usage de la raison, il n'est pas douteux que le mariage qu'elle contracteroit pendant ce temps, seroit valable.

Observez que lorsqu'il est justifié que la folie de la personne dont on attaque le mariage, a commencé avant son mariage, et continué depuis, c'est à la partie qui oppose que la folie avoit des intervalles, à justifier de ces intervalles lucides.

On ne doit pas regarder comme une folie qui rende incapable de contracter mariage, celle d'une personne dont l'imagination n'est blessée que sur un point, et qui, sur tout le reste, fait usage de sa raison, telle qu'étoit cet homme dont parle Horace :

*Fuit haud ignobilis Argis*
*Qui se credebat miros audire tragœdos,*
*In vacuo lætus sessor plausorque theatro;*
*Cætera qui vitæ servabat munia recto*
*More.*

93. Il ne faut pas non plus mettre au rang des personnes privées de l'usage de la raison, les sourds et muets de naissance. Ces personnes non-seulement jouissent de leur raison, mais elles font entendre par des signes leurs pensées, et on leur fait pareillement entendre par des signes ce qu'on veut leur faire entendre ; c'est pourquoi, pouvant faire entendre le consentement qu'elles donneroient à un mariage, elles ne sont point incapables de le contracter. Innocent III l'a décidé de cette manière, au chapitre *Cùm apud*, 22, *ext. de spons.*; et la cour l'a jugé par un arrêt du 16 janvier 1658, rapporté par Soefve.

### ARTICLE II.

#### Du défaut de puberté.

94. La procréation des enfants étant la fin principale du mariage, c'est une conséquence que ceux qui ne sont pas *habiles* à la génération, et par conséquent les impubères, ne sont pas habiles au mariage : *Justas nuptias contrahunt masculi quidem puberes, fœminæ verò viripotentes;* Instit. *tit. de nup.*

La loi a fixé l'âge auquel la puberté est présumée, à celui de quatorze ans accomplis pour les garçons, et de douze ans accomplis pour les filles; *Instit. d. tit.*

Une personne, avant cet âge, est présumée impubère, et le mariage qu'elle contracteroit n'est pas en conséquence valable.

Néanmoins si la vigueur avoit devancé l'âge en cette personne, et qu'elle eût donné des preuves de puberté, *putà,* si une jeune fille mariée avant l'âge de douze ans, étoit devenue grosse, le mariage seroit valable : car le défaut de l'âge ne forme un empêchement de mariage qu'autant qu'il forme une présomption de défaut de puberté ; mais dans cette espèce, la présomption est détruite par le fait, et la preuve que cette jeune personne a donnée de sa puberté.

C'est ce qui a été jugé par un arrêt rapporté par Bouguier, à l'égard d'une jeune veuve d'onze ans neuf mois. Les héritiers du mari avoient attaqué de nullité son mariage, comme fait avant l'âge, et lui avoient contesté toutes ses conventions matrimoniales; la jeune veuve ayant prouvé qu'elle étoit grosse, il fut jugé que le mariage étoit valable, et qu'elle devoit en conséquence jouir de son douaire et de ses autres conventions matrimoniales.

M. Bouguier rapporte qu'on avoit opposé un arrêt contraire; mais il observe que dans l'espèce de l'arrêt opposé, la veuve n'avoit pas prouvé la consommation de son mariage.

La décision de l'arrêt rapporté par Bouguier, est conforme à celle du pape Alexandre III, *cap. de illis*, 9, *ext. de desp. imp.*, où, dans l'espèce d'un mariage contracté entre de jeunes personnes au-dessous de l'âge ordinaire de la puberté, le pape dit : *Si ità fuerint ætati proximi, quòd potuerint copulâ carnali conjungi, minoris ætatis intuitu separari non debent, quum in eis ætatem supplevisse malitia videtur.*

95. Lorsque, depuis l'âge de puberté survenu, les conjoints ont continué de demeurer ensemble comme mari et femme, cette cohabitation rétablit leur mariage ; il en résulte un nouveau consentement tacite que les parties donnent à leur mariage dans un temps auquel elles sont devenues capables de le contracter. C'est la décision de la loi 4, ff. *de tit. nupt. : Minorem annis duodecim nuptam, tunc legitimam uxorem fore, quum apud virum explesset duodecim annos.* C'est aussi la disposition du chapitre *Attestationes*, 10, *ext.*

*de despons. impub.* : enfin c'est la doctrine enseignée par nos auteurs. Fevret., *Traité de l'abus*, l. 5, *chap.* 1, *n.* 7; Mornac, *ad* l. 4, ff. *de rit. nupt.*, *etc.*

### ARTICLE III.

#### De l'impuissance.

96. L'impuissance à la génération est aussi, dans la personne en qui elle se rencontre, un empêchement dirimant de mariage, qui la rend incapable de contracter aucun mariage.

Quoique l'union des corps ne soit pas précisément et absolument de l'essence du mariage, et que les conjoints par mariage puissent, d'un commun consentement, s'en abstenir, néanmoins, comme la procréation des enfants, à laquelle on ne peut parvenir sans cette union des corps, est la fin principale du mariage, il faut, pour être capable de mariage, avoir au moins le pouvoir de parvenir à cette union des corps.

Si les impubères sont regardés comme incapables de contracter mariage, parce qu'ils ne sont pas habiles à la génération, quoiqu'ils doivent un jour le devenir, à plus forte raison les impuissants, qui ne peuvent jamais le devenir, en sont incapables.

97. Pour que l'impuissance soit un empêchement de mariage dans la personne en qui elle se rencontre, il n'importe qu'elle soit de naissance, ou qu'elle lui soit survenue depuis. Par exemple, si, à l'occasion de quelque maladie, il avoit fallu couper à une personne quelqu'une des parties nécessaires à la génération, cette amputation la rendroit incapable à l'avenir de contracter mariage.

Mais il n'y a qu'une impuissance perpétuelle et incurable, telle que celle qui résulte de la privation de quelqu'une des parties nécessaires à la génération, qui forme un empêchement de mariage; celle qui n'est que passagère, et dont on peut espérer la guérison, ne rend pas la personne en qui elle se rencontre, incapable de mariage.

Quoique la grande vieillesse forme ordinairement, surtout dans les femmes, une impuissance à la génération, néanmoins, comme il y a quelques exemples, quoique très-rares, de personnes qui ont eu des enfants dans un âge très-

avancé, cette espèce d'impuissance n'a pas été regardée comme suffisante pour former un empêchement de mariage : c'est pourquoi les femmes, aussi bien que les hommes, sont, dans la plus grande vieillesse, capables de mariage.

98. L'impuissance est un empêchement dirimant de mariage, lorsque celui-ci existe au temps auquel le mariage se contracte : mais s'il n'est survenu que depuis le mariage, il ne le rompt pas. *Voyez sur la preuve de ce vice, ce qui est dit* infrà.

## ARTICLE IV.

### De l'empêchement qui résulte d'un mariage subsistant.

99. Un mariage subsistant, dans lequel une personne se trouve engagée, est dans cette personne un empêchement dirimant, qui rend de plein droit nul tout autre mariage qu'elle contracterait avec une autre personne avant la dissolution du premier.

Cette espèce d'empêchement est aussi prise, comme les trois autres, dans la nature du mariage. Le mariage, par son institution primitive, a été établi pour être l'union d'un seul homme avec une seule femme, qui doit être si intime, qu'ils ne fassent tous les deux qu'une même chair : *Erunt duo in carne unâ.* L'homme, par cette union, se donne tout entier à sa femme, comme la femme se donne tout entière à son mari. Or, si l'homme, par le mariage qu'il contracte avec sa femme, se donne tout entier à sa femme, si la femme acquiert par le mariage un droit sur le corps de son mari, l'homme, tant que cette union subsiste, n'est plus maître de son corps ; il ne peut plus en disposer envers une autre femme ; et par conséquent il ne peut, tant que la première union subsiste, contracter mariage avec une autre femme. La polygamie est donc contraire à l'institution primitive du mariage, et par conséquent à l'ordre de Dieu et au droit naturel.

Telle étoit l'idée qu'avoient de la polygamie les pères de l'église. Nous citerons à cet égard Tertullien, qui, en faisant remarquer que ce fut Lamech, petit-fils de Caïn au cinquième dégré, qui pratiqua le premier la polygamie, ayant deux femmes à la fois, nous dit qu'il fut maudit de Dieu, ayant en cela violé l'ordre que Dieu avoit établi en

instituant le mariage : *Primus Lamech à Deo maledictus, duabus maritatus* CONTRA DEI PRÆCEPTUM, *tres in unam carnem effecit.* Tertull. *de exhort. cast.*, *cap.* 5.

L'idée de l'institution primitive du mariage, pour être l'union d'un seul homme et d'une seule femme, s'étoit conservée très-long-temps, même dans le paganisme. Les Romains avoient en horreur la polygamie, et un bigame encouroit de plein droit l'infamie par l'édit du préteur; l. 1, ff. *de his qui not. infam.*

Les Germains n'avaient aussi qu'une seule femme. *Tacit.*, *de mor. German.*

100. Observez qu'il n'est pas néanmoins de l'essence absolue du mariage, qu'il soit l'union d'un homme avec une seule femme; cela est seulement de l'institution du mariage. Dieu ayant institué le mariage pour être l'union d'un homme avec une seule femme, il n'est pas permis à un homme de s'écarter de cet ordre que Dieu a établi, ni à aucune autorité humaine de l'en dispenser. Mais Dieu, qui a établi le mariage pour être l'union d'un homme avec une seule femme, étoit le maître de l'établir autrement : il étoit le maître d'établir le mariage sans qu'il dût être nécessairement l'union d'un homme avec une seule femme, et de permettre aux hommes d'en avoir plusieurs ensemble. Il est vrai que Dieu ayant destiné le mariage pour être le type et la figure de l'union de son fils avec son église, son unique épouse, il étoit nécessaire que le mariage fût l'union d'un homme avec une seule femme. Mais Dieu étoit le maître de ne pas faire servir le mariage à ce type et à cette figure. De même donc que Dieu eût pu, s'il eût voulu, établir dès le commencement le mariage sans qu'il dût être l'union d'un homme avec une seule femme, et permettre à tous les hommes d'avoir plusieurs femmes en même temps; de même il a pu par la suite permettre, pour des raisons particulières, à certains particuliers, et même à un peuple entier, d'avoir plusieurs femmes : c'est ce qu'il a fait effectivement à l'égard d'Abraham, de Jacob, de David, et de tout le peuple Juif. Dieu, qui avoit promis à ces saints patriarches de multiplier leur race comme le sable de la mer, leur a permis d'avoir plusieurs femmes à la fois. Abraham a eu en même temps avec sa femme Sara, Agar sa servante, pour sa femme du second ordre; le patriarche Jacob a eu en même

temps pour femme Lia et Rachel, et pour femme du second ordre, Bala et Zelpha.

Il ne peut être douteux que ces saints patriarches, qui se conduisoient par les inspirations dont Dieu les favorisoit, n'aient contracté ces mariages avec plusieurs femmes en même temps avec la permission et l'approbation de Dieu.

Le prophète Nathan reproche à David, entre les bienfaits qu'il avoit reçus de Dieu, que c'étoit Dieu qui lui avoit donné, après la mort de Saül, toute la maison de Saül, et les femmes de Saül, pour les avoir pour ses femmes : *Dedit tibi domum domini tui, et uxores domini tui in sinu tuo;* Reg. II, 12, 8. Puisque c'étoit Dieu qui avoit donné à David les femmes de Saül, pour les avoir pour ses femmes, c'étoit donc par l'ordre de Dieu et avec l'approbation de Dieu qu'il les avoit en même temps pour ses femmes.

Enfin nous voyons, par ce qui est rapporté de la loi du Deutéronome, *ch.* 21, ℣. 15, 16 *et* 17, que la loi supposoit qu'il étoit permis aux Israélites d'avoir plusieurs femmes en même temps. Il y est dit : *Si habuerit homo uxores duas, unam dilectam et alteram odiosam, genuerintque ex eo liberos, et fuerit filius odiosæ primogenitus, volueritque substantiam suam inter filios suos dividere, non poterit filium dilectæ facere primogenitum et præferre filio odiosæ, etc.*

Il est dit aux Paralip. II, 24, 3, que le grand-prêtre Joïada fit épouser deux femmes à Joas : *accepit ei Joïada uxores duas :* ce que n'eût pas fait ce pontife si rempli de l'esprit de Dieu, si la polygamie n'eût pas été alors permise aux Juifs.

101. Tout ce qui vient d'être dit, peut servir à concilier ceux qui soutiennent que la polygamie est contraire au droit naturel, et ceux qui prétendent qu'elle n'y est pas contraire. En considérant dans le mariage son institution primitive, et en prenant pour droit naturel l'ordre que Dieu, auteur de la nature, a établi en instituant le mariage pour être l'union d'un homme avec une seule femme, on peut dire que la polygamie est contraire au droit naturel ; mais en considérant le mariage seulement en tant que mariage, et indépendamment de son institution primitive, et en ne prenant pour droit naturel que ces lois invariables du droit naturel, dont il n'est pas possible que la sagesse divine s'écarte jamais, et que saint Thomas appelle *prima præcepta*, on peut dire que la polygamie n'est pas contraire au droit naturel,

puisque Dieu dans un temps l'a permise, comme nous l'avons vu.

102. Nous ne parlons que de l'espèce de polygamie par laquelle un homme auroit en même temps plusieurs femmes. L'autre espèce de polygamie, qu'on appelle *polyandrie*, a toujours été condamnée, et est évidemment contraire au droit naturel; 1° *propter perturbationem sanguinis.* Si une femme avoit plusieurs maris, on ne pourroit pas savoir quel seroit le père des enfants que cette femme mettroit au monde. 2° Il est de l'essence du mariage que la femme soit assujettie à son mari, qu'elle lui obéisse, qu'elle le suive où il voudra demeurer : mais si une femme avoit en même temps deux maris, elle ne pourroit obéir à l'un et à l'autre quand ils lui commanderoient deux choses opposées; elle ne pourroit les suivre l'un et l'autre, quand ils voudroient demeurer en différents lieux. La polyandrie est donc contraire à la nature du mariage, et au droit naturel.

103. A l'égard de la polygamie par laquelle un homme a plusieurs femmes en même temps, quoique Dieu l'ait permise dans un certain temps, il est indubitable que depuis la promulgation de l'évangile, elle est défendue. Jésus-Christ, par la loi évangélique, a rappelé le mariage à son institution primitive; il a voulu que le mari et la femme fussent *duo in carne unâ.*

Cette loi ayant élevé le mariage des Chrétiens à la dignité de sacrement, et à être le type et la figure de l'union de Jésus-Christ avec son église; *sacramentum magnum in Christo et in ecclesiâ;* Paul, *ad Ephes.* 5, 32; l'église étant une, et l'unique épouse de Jésus-Christ, le mariage des Chrétiens, qui est la figure de cette union, doit être l'union d'un seul homme avec une seule femme.

Jésus-Christ s'étant donné à son église tout entier et sans partage, un mari doit pareillement se donner tout entier à sa femme et sans partage; et c'est un adultère, lorsque du vivant de sa femme il en épouse une autre : *Omnis qui dimittit uxorem suam, et alteram ducit, mœchatur :* Luc. XVI. 18. Il en est de même lorsque sans renvoyer sa femme, il en épouse une autre : car quoiqu'il commette un grand péché en renvoyant sa femme, ce n'est pas cela qui le rend adultère, mais c'est parce qu'il s'unit avec une autre femme, du vivant de celle qui demeure toujours sa femme, quoiqu'il l'ait renvoyée.

C'est donc avec raison que le concile de Trente, *sess.* 24, *can.* 2, a frappé d'anathème ceux qui diroient qu'il est permis aux Chrétiens d'avoir plusieurs femmes.

Le mariage, tant qu'il n'est pas dissous par la mort de l'une des parties, est donc un empêchement dirimant qui empêche le mari de pouvoir contracter valablement mariage avec une autre femme, et la femme de pouvoir se marier valablement avec un autre homme.

104. Cette décision a lieu, quand même le mariage contracté avant la dissolution du premier, auroit été contracté de bonne foi par l'une des parties, qui auroit un juste sujet de croire que l'autre partie étoit morte.

Si par la suite l'erreur vient à se découvrir, le second mariage contracté, quoique de bonne foi, avant la dissolution du premier, sera déclaré nul.

On peut apporter pour exemple, le cas auquel la femme d'un soldat, sur des certificats en bonne forme, qui attestoit que son mari avoit été tué à une certaine bataille, auroit contracté mariage avec une autre personne. Si son mari, qu'on croyoit par erreur avoir été tué à cette bataille, vient à reparoître et à se faire reconnoître, le second mariage que cette femme a contracté, quoique de bonne foi, avec une autre personne, doit être déclaré nul.

Cela a lieu, quelque long-temps qu'il y eût que ce premier mari eût disparu, et que le second mariage eût été contracté; car le premier mariage n'ayant pu être dissous que par la mort de l'une des parties, il n'a pas cessé d'être un empêchement insurmontable à la validité du second.

Le fameux Jean Maillard ne s'étoit représenté qu'après quarante années d'absence. Sa femme ne le reconnoissoit plus, ou feignoit de ne le plus reconnoître : le mariage qu'elle avoit contracté pendant son absence, sur la foi d'un certificat de mort, ne laissa pas d'être déclaré nul. *Voyez l'arrêt du 4 août 1674, au troisième tome du Journal des audiences.*

Tout l'effet de la bonne foi avec laquelle les parties ont contracté le second mariage, est que, quoiqu'il soit nul, les enfants qui en sont nés, ne sont point réputés bâtards, et qu'en considération de cette bonne foi, ils ont dans les successions de leurs père et mère les mêmes droits qu'ont des enfants nés d'un légitime mariage, comme nous le verrons ailleurs.

Quoique le premier mari n'ait pas paru sur les lieux, néanmoins si sa femme et son second mari ont, depuis le second mariage, eu des avis de l'erreur du certificat de mort du premier mari, sur lequel le second mariage a été contracté, et que des personnes dignes de foi attestent que le premier mari, qu'on avoit cru tué, a depuis été vu dans quelque endroit, les parties duement averties de l'erreur du certificat, sont, dans le for de la conscience, obligées de se séparer.

105. Une personne qui a contracté un premier mariage, ne pouvant pas en contracter valablement un second, tant que le premier n'est pas dissous par la mort de la personne qu'elle avoit épousée en premier lieu, c'est une conséquence que tant qu'elle n'est pas assurée de sa mort, elle ne peut passer à un second mariage : car autrement elle se mettroit dans le risque de commettre un adultère par ce second mariage, dans le cas auquel le premier mariage subsisteroit; et par le risque auquel elle s'exposeroit volontairement, elle se rendroit devant Dieu, coupable d'adultère : c'est pourquoi saint Basile, dans son épître canonique à Amphiloque, *can.* 31, dit : *Quæ quum vir secessit et non apparet, antequàm de ejus morte certior facta sit, cum aliquo cohabitarit, mœchatur.*

Il est vrai que suivant la disposition de la loi romaine, lorsque l'un des conjoints avoit été emmené en captivité, et qu'il s'étoit écoulé le temps de cinq ans sans qu'on eût de ses nouvelles, il étoit présumé mort et il étoit permis à l'autre conjoint de se marier à un autre; l. 6, ff. *de divort.* Mais l'église n'a jamais permis aux fidèles d'user de cette permission que la loi séculière accordoit; et Justinien l'a abrogée par sa novelle 117, *cap.* 11.

106. De même qu'il n'est pas permis, dans le for de la conscience, à une personne qui a contracté un premier mariage, de passer à un second avec un autre, avant qu'elle soit assurée de la mort de la personne avec qui elle a contracté le mariage; de même il n'est pas permis à un prêtre, dans le for extérieur, de marier une personne qui l'a déjà été, sans se faire représenter un extrait mortuaire de la personne à qui elle étoit mariée, ou des certificats équipollents de la mort de cette personne.

Cela a lieu, quelque long-temps qu'il y ait que cette personne soit absente, et quelques recherches qu'on ait faites

sans avoir pu avoir de ses nouvelles, y eût-il plus de trente ou quarante ans. C'est ce que nous apprenons de la décrétale de Clément III, qui est au chap. 19, *extr. de sponsal.* Ce pape étant consulté *de mulieribus quæ viros suos captivitatis vel peregrinationis causâ absentes ultrà septennium fuerint præstolatæ, nec certificari possunt de vitâ aut morte ipsorum, licèt super hoc sollicitudinem adhibuerint diligentem, et pro juvenili ætate; seu fragilitate carnis humanæ, nequeunt continere, petentes aliis copulari, respondit quòd, quantocumque annorum spatio ità remaneant, non possunt ad aliorum consortium canonicè convolare; nec autoritate ecclesiæ permittas contrahere, donec certum nuntium recipiant de morte virorum.*

Les actes qui font foi de la mort du premier mari, à l'effet que le curé puisse marier la veuve sans se compromettre, sont, 1° un extrait du registre des sépultures de la paroisse ou de l'hôpital où il est décédé, délivré par le curé ou par le prêtre à ce préposé, et légalisé par le juge.

2° A défaut de cet acte, lorsque le registre a été perdu, ou lorsque par la négligence du curé, l'acte de sépulture n'y a pas été porté, on peut y suppléer par un acte par lequel des personnes dignes de foi ont attesté devant le juge quelque fait justificatif de la mort de ce premier mari; *putà*, qu'elles ont assisté dans un tel lieu à son enterrement. Cet acte expédié en bonne forme par le greffier de la justice, équipolle un extrait mortuaire.

Il faut que le fait soit attesté au moins par deux témoins. Si dans des affaires pécuniaires, le témoignage d'un seul témoin n'est pas suffisant pour faire une preuve légitime, *etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat*; l. 9, *cod. de test.*; à plus forte raison il ne doit pas l'être dans une matière de cette importance.

Sanchez pense qu'on peut s'en contenter en un cas; savoir, lorsque le premier mari a passé dans un pays très-éloigné, d'où il est extrêmement difficile d'avoir des nouvelles. J'aurois de la peine à admettre cette exception à la règle.

3° Le certificat du major ou du commandant d'un régiment, qui atteste qu'un homme de son régiment a été trouvé parmi les morts à une telle action, est un valable certificat de mort.

4° Le laps d'un temps de cent années et plus, qui s'est

écoulé depuis la naissance d'une personne, forme une présomption de droit de sa mort, suivant les lois, qui disent que *is finis vitæ longissimus est;* l. 8, ff. *de usufr. leg. et alibi.*

107. Ce que nous avons dit jusqu'à présent, qu'un premier mariage dans lequel une personne se trouve engagée, est un empêchement dirimant pour un second qu'elle contracteroit pendant que le premier subsiste, n'a lieu que lorsque le premier est valable. S'il étoit nul, ce qui est nul ne pouvant produire aucun effet, *quod nullum est, nullum producit effectum,* il ne peut pas former un empêchement dirimant pour un autre mariage. Néanmoins celui qui a contracté un mariage, quoique nul, ne doit pas être admis à en contracter un autre avant que d'avoir fait prononcer la nullité du premier, ne devant pas s'en rendre lui-même le juge. Mais si dans le fait il en a contracté un autre, celui qu'il a contracté avant que d'avoir fait prononcer la nullité du premier, ne laissera pas d'être jugé valable, si on établit par la suite la nullité du premier. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 28 juillet 1691, sur les conclusions de M. de Lamoignon, arrêt qui est rapporté au cinquième tome du Journal.

### ARTICLE V.

#### De l'empêchement que forment les vœux solennels.

108. Les vœux solennels de religion forment dans le religieux profès un empêchement dirimant de mariage, qui le rend absolument incapable de contracter aucun mariage. Cet empêchement dirimant est de discipline ecclésiastique, et il n'a pas toujours été dirimant.

Il est vrai que le mariage a toujours été défendu dans l'église aux personnes consacrées à Dieu par des vœux; mais cette défense ne formoit qu'un empêchement purement prohibitif; ni la puissance séculière, ni l'église, pendant plusieurs siècles, n'en avoient fait un empêchement dirimant.

A l'égard de la puissance séculière, nous trouvons bien dans le code une loi de l'empereur Jovien, qui porte la peine de mort contre ceux qui emploient la séduction pour épouser des vierges consacrées à Dieu : *Si quis, non dicam rapere, sed attentare tantùm, jungendi causâ matrimonii, sacratissimas virgines ausus fuerit, capitali pœnâ feriatur;* l. 5, *cod.*

*de Episc. et Cler.* : mais nous ne trouvons aucune loi qui déclare nuls les mariages contractés librement par ces personnes.

A l'égard de la discipline ecclésiastique, le pape Innocent I, qui occupoit le saint Siége au commencement du v^e siècle, regardoit comme valable le mariage qu'avoient contracté des vierges consacrées à Dieu ; puisqu'ayant été consulté par Victrice, évêque de Rouen, il lui répond qu'on ne doit les soumettre à la pénitence publique qu'après la mort de leurs maris : *Quæ Christo spiritualiter nupserunt, velari à sacerdote meruerunt, si posteà vel publicè nupserint, vel se clanculò corruperint, non eas admittendas esse ad pœnitentiam agendam, nisi is cui se junxerant, decesserit.* Il ne pouvoit y avoir d'autre raison de cette décision, qu'afin de ne les pas soustraire à leurs maris : donc ce pape regardoit leur mariage comme valable.

Saint Augustin, en son livre *de bono viduitatis, cap.* 10, dit aussi en termes formels, que le mariage de ces personnes est valable. Il réfute en cet endroit quelques personnes qui, par un zèle peu éclairé, avoient dit que ces mariages étoient des adultères plutôt que des mariages : *Qui dicunt*, dit ce père, *talium nuptias non esse nuptias, sed adulteria, non videntur diligenter considerare quid dicunt.... Fit per hanc opinionem non parvum malum, ut à maritis separentur uxores, et quum volunt eas separatas reddere continentiæ, faciunt maritos earum adulteros, quum uxoribus vivis alteras duxerint. Quapropter non possum dicere tales fœminas, si nupserint, adulteria esse non conjugia; sed non dubitaverim dicere hos lapsus à castitate quæ vovetur Deo, adulteriis esse pejores.*

Depuis, le concile de Calcédoine, tenu en 451, a bien déclaré qu'il n'étoit pas permis aux personnes consacrées à Dieu par le vœu de religion, de contracter mariage; mais il ne déclare pas nul le mariage de ces personnes; il prononce seulement contre elles la peine de l'excommunication : *Si quæ virgo se dedicavit Deo, similiter monachus, non licet eis nuptiis jungi : si verò inventi fuerint hoc facientes, maneant excommunicati; statuimus verò eis posse fieri humanitatem, si ità probaverit Episcopus loci.* Conc. Chalced. can. 16.

Saint Léon, qui présida à ce concile par ses légats, consulté par rustique, évêque de Narbonne, sur plusieurs points, répond ainsi à l'article 14 de sa consultation : *Propositum monachi proprio arbitrio susceptum deseri non potest absque*

*peccato ; quod enim quis vovit Deo, debet et reddere ; unde qui relictâ singularitatis professione, ad militiam vel adnuptias devolutus est, publicæ pœnitentiæ satisfactione purgandus est ; quia etsi innocens militia, et honestum potest esse conjugium, electionem meliorum deseruisse transgressio est.*

Cette lettre est la seconde des lettres de ce pape, dans l'édition du père Quesnel, et la quatre-vingt-douzième dans d'autres éditions. Le pape ne dit pas que le mariage du moine est nul, mais seulement qu'il doit être soumis à la pénitence.

109. L'auteur des Conférences de Paris prétend que les vœux de religion ont commencé dès le sixième siècle, au temps de saint Grégoire, à devenir un empêchement dirimant de mariage. Il se fonde en premier lieu sur une lettre de ce pape, qui est la neuvième du septième livre de ses lettres, par laquelle il ordonne à Vitalien, évêque de Séponte dans la Pouille, de faire arrêter par le défenseur de l'église, une religieuse de son Diocèse, qui avoit quitté l'habit de religion pour reprendre l'habit du siècle, et de la faire enfermer dans un monastère où elle fût soigneusement gardée. Cette lettre n'a aucun rapport à la question, n'étant pas dit dans cette lettre, ni dans la suivante, écrite au défenseur sur le même sujet, que cette religieuse se fût mariée.

La profession religieuse étoit-elle au moins, dans le VII^e siècle, un empêchement dirimant du mariage ? Cet auteur, pour prouver qu'elle étoit dès ce temps regardée en Espagne comme empêchement dirimant, cite le canon 52 du quatrième Concile de Tolède, tenu en 633, où il est dit : *Nonnulli monachorum egredientes à monasterio, non solùm ad sæculum revertuntur, sed etiam uxores accipiunt ; hi revocati in eodem monasterio à quo exierunt, pœnitentiæ deputentur.* Ce canon ne prononce point la nullité de leur mariage ; il dit seulement qu'ayant griévement péché et causé un scandale en le contractant ( ce dont on est toujours convenu ), ils doivent être soumis à la pénitence dans le monastère d'où ils sont sortis ; mais il ne dit pas qu'ils ne puissent être rendus à leur femme après le temps de la pénitence passé.

Ce qu'il y a de certain sur la discipline du septième siècle à cet égard, c'est que vers la fin de ce siècle, les vœux n'étoient pas encore regardés en Angleterre comme un empêchement dirimant de mariage ; c'est ce que nous apprenons

du pénitenciel de Théodore de Cantorbéry, qui est de ce temps. Il y est dit en l'article 18 : *Si quis maritus votum Domino habet virginitatis, adjungatur uxori*, NON DIMITTAT UXOREM, *sed pœniteat tribus annis.*

Il est vrai que Gratien, pour accommoder ce canon à la discipline de son siècle, a ajouté avant *votum*, le mot *simplex* : mais les correcteurs romains nous attestent que ce mot *simplex* ne se trouve dans aucun des anciens manuscrits de ce pénitenciel. C'est donc de tous les vœux indistinctement qu'il est dit, par cet article, que l'homme qui, au mépris de son vœu, a contracté mariage, ne doit pas quitter sa femme, et que le vœu ne rend pas nul son mariage.

Nous trouvons dans le huitième siècle, un monument qui prouve que la profession religieuse n'étoit pas encore un empêchement dirimant de mariage.

C'est dans une réponse faite l'an 754, par le pape Etienne II (1), qui étoit alors en France, sur plusieurs points sur lesquels il avoit été consulté : le pape répond ainsi, art. 7 : *De monachis et nonnis de monasterio fugientibus in Chalcedonensi*, cap. 16, *ità continetur : Virginem quæ se Deo consecraverit, similiter et monachum non licere nuptialia jura contrahere : quòd si hoc inventi fuerint perpetrantes, excommunicentur; confitentibus autem decrevimus ut habeat auctoritatem episcopus humanitatem misericordiamque largiri.* Il est évident que le pape ne regardoit pas ces mariages comme nuls, puisqu'il veut qu'on s'en tienne à cet égard à ce qui avoit été ordonné par le concile de Calcédoine, qui (comme tout le monde en convient) n'avoit pas déclaré nuls ces mariages.

110. C'est vers le x^e siècle que l'on commença à regarder, au moins dans quelques provinces, le vœu de religion comme un empêchement dirimant de mariage. Le concile de Troisli, *Trosleianum*, tenu l'an 909, *apud Trosleium in pago Suessonico*, sous le roi Charles le Simple, est formel : il est dit au Capitule 8 : *Interdicimus ut nullus Deo devotam virginem, nullus sub Religionis habitu consistentem, sive viduitatis continentiam professam.... illicito connubio aut vi, aut consensu accipiat conjugem; quia nec verum poterit esse conjugium, quod à meliori proposito ad deterius, et sub falso nomine culpa, inces-*

---

(1) Ou III, car entre le pape Zacharie et celui-ci, il y avoit eu un autre Etienne, qui n'avoit survécu que de quatre jours à son élection.

*tuosâ pollutione et fornicationis immunditiâ, perpetratur.* Le concile ne pouvoit pas dire en termes plus formels, que le vœu de religion doit être réputé un empêchement dirimant, qu'en disant que le mariage contracté par une religieuse, n'est pas un vrai mariage, *nec verum poterit esse conjugium ;* et que ce crime, sous un faux nom (de mariage), est une union incestueuse et une fornication, *et sub falso nomine culpa, incestuosâ pollutione et fornicationis immunditiâ, perpetratur.*

Le concile de Tribur en Franconie, tenu quelque temps auparavant l'an 895, est aussi cité pour prouver que la profession religieuse étoit en ce temps regardée comme empêchement dirimant. Il y est dit, *cap.* 28 : *Si quis sacro velamine consecratam in conjugium duxerit.... præcipimus ut omninò separentur, ut juramento colligentur ulterius, sub uno non cohabitent tecto, nec familiari frui colloquio, etc.*

Ce canon ne fournit pas une preuve suffisante : il ne déclare pas nul le mariage ; il ordonne une séparation, ce qui peut s'entendre d'une simple séparation d'habitation.

Dans le douzième siècle, le premier concile de Latran, tenu l'an 1123, sous Calixte II, *can.* 21, dit : *Presbyteris, diaconibus, subdiaconibus et monachis concubinas habere, seu matrimonia contrahere interdicimus, contracta quoque matrimonia ab ejusmodi personis disjungi, et personas ad pœnitentiam debere redigi juxtà sacrorum canonum definitionem, judicamus.*

Il est difficile de ne pas entendre ces termes, *contracta matrimonia disjungi*, de la nullité de ces mariages, et de les entendre d'une simple séparation d'habitation.

111. Enfin le second concile de Latran, tenu l'an 1139, sous le pape Innocent II, lève toute difficulté, et a établi pour règle générale de discipline, que le vœu de religion devoit être un empêchement dirimant de mariage. Il est dit au canon 7e : *Statuimus quatenùs episcopi.... regulares canonici, et monachi, atque conversi, professi qui sanctum transgredientes propositum, uxores sibi copulare præsumpserunt, separentur ; hujusmodi namque copulationem quam contra ecclesiasticam regulam constat esse contractam,* MATRIMONIUM NON ESSE CENSEMUS. Et au canon suivant il est dit : *Id ipsum quoque de sanctimonialibus fæminis, si, quod absit, nubere attentaverint, observari decernimus.*

Depuis, cette discipline a toujours été observée dans

l'église, et elle a été confirmée par le concile de Trente, qui dit : *Si quis dixerit regulares castitatem solemniter professos posse matrimonium contrahere, contractumque validum esse... anathema sit;* sess. 24; *can.* 9.

Ce droit est observé dans les tribunaux séculiers. Nous trouvons dans le recueil de Bardet, *liv.* 3, *chap.* 115, un arrêt du 17 Juillet 1630, qui déclare nul le mariage de Gilberte d'Anglot, sur les conclusions de M. Talon, qui les fondoit sur ce que ladite d'Anglot ayant fait profession religieuse, quoiqu'elle eût depuis embrassé le calvinisme, étoit incapable de mariage.

112. Observez qu'il n'y a que le vœu solennel de religion, qui se fait en prenant l'habit de religion, et en faisant profession dans un ordre religieux, qui soit un empêchement dirimant de mariage; tout autre vœu de continence qu'auroit fait une personne, n'est qu'un empêchement prohibitif. C'est ce que décide le pape Alexandre III : *Si nec habitum suscepit nec professionem, sed solummodò votum fecit.... non est cogendus matrimoniale votum rescindere;* cap. 3, *ext. Qui voventes, etc.*

Le même pape décide la même chose au chapitre suivant, à l'égard d'une femme qui avoit fait vœu de chasteté, en recevant d'un prêtre le voile de religieuse, sans entrer dans le cloître, ni quitter ses biens, et qui s'étoit depuis mariée.

Le pape Célestin III, au chapitre sixième, *d. tit.* dit pareillement : *Quod votum simplex impedit matrimonium contrahendum (id est sponsalia de futuro matrimonio contrahendo) non dirimit jam contractum.*

Boniface VIII, consulté sur la question. Quel est le vœu qu'on doit appeler solennel, et qui forme un empêchement dirimant de mariage : *Quod votum debeat dici solemne, ac ad dirimendum matrimonium efficax?* répond qu'il n'y a que celui qui se fait par la réception des ordres sacrés, ou par la profession de religion dans un ordre approuvé du saint Siége : *Illud solum votum debere dici solemne, quantùm ad post contractum matrimonium dirimendum, quod solemnisatum fuerit per susceptionem sacri ordinis, aut per professionem expressam, aut tacitam factam alicui de religionibus per sedem apostolicam approbatis;* cap. un. de vot. et vot. redempt. in 6°.

113. Ce qui est dit dans cette décrétale, de la profession tacite, n'a pas lieu : nous ne reconnoissons point de profes-

sion tacite ; nous ne reconnoissons d'autre profession que la profession expresse, laquelle doit être faite publiquement, et dont il doit être dressé un acte inscrit sur un registre du monastère, destiné à écrire tous les actes de vêtures et de profession, et qui doit être signé de la personne qui a fait profession, du supérieur ou de la supérieure qui l'y a reçue, et de deux témoins. Ce n'est que par une expédition de cet acte, qu'on peut prouver la profession religieuse d'une personne, et attaquer son mariage sur le fondement de cette profession. Si néanmoins il étoit prouvé que les registres ont été perdus par quelque accident, on pourroit admettre la preuve testimoniale.

Il n'y a que les vœux faits dans un ordre religieux approuvé par les lois du royaume comme ordre religieux, qui soient regardés comme vœux solennels de religion, capables de former un empêchement dirimant de mariage. Il n'en est pas de même de ceux qu'on fait dans quelques congrégations et maisons établies par lettres-patentes en bonne forme, mais seulement comme communautés ecclésiastiques, et non comme ordre religieux. Telles sont les congrégations et maisons des Lazaristes et de la doctrine chrétienne. Les vœux qu'on y fait ne sont regardés que comme vœux simples, et non comme vœux solennels et vœux de religion ; et en conséquence ils ne sont point un empêchement dirimant de mariage.

Il en est de même de ceux qu'on fait dans quelques communautés de femmes, qui, quoiqu'elles aient un établissement légal, ne sont pas néanmoins établies comme religieuses.

114. Enfin, pour que les vœux solennels de religion soient un empêchement dirimant de mariage, il faut qu'ils aient été valablement faits : pour cela, outre qu'ils doivent être faits dans un ordre religieux approuvé, il faut encore que quatre choses concourent ; 1° qu'ils aient été faits *publiquement*, et qu'il en ait été dressé un acte, comme nous l'avons dit ; 2° qu'ils aient été faits *librement*, toute espèce de contrainte qui auroit été employée pour obliger la personne qui les a faits, à les faire, les rend nuls ; 3° comme l'exige l'ordonnance de Blois, art. 28, *qu'ils aient été précédés d'une année entière de probation dans le monastère depuis la vêture* ; 4° enfin, suivant ledit article, *que la personne qui a fait profession, ait*

*l'âge de seize ans accomplis.* A défaut de quelqu'une de ces conditions, la personne qui a fait profession, peut, dans les cinq ans, réclamer contre ses vœux, et se pourvoir pour cet effet, ou par la voie ordinaire devant l'official, ou par la voie de l'appel comme d'abus, au parlement. S'il réussit, et que ses vœux soient déclarés nuls, ou par un jugement de l'official, ou par un arrêt de la cour, sur un appel comme d'abus, ils ne pourront plus former un empêchement dirimant de mariage; *Nam quod nullum est, nullum producit effectum;* et il aura par conséquent la liberté de se marier.

Lorsque le profès a laissé passer les cinq ans sans réclamer contre ses vœux, il y est par la suite non-recevable : il est censé les avoir ratifiés par son silence, et en avoir purgé le vice : ils sont en conséquence réputés valables, et sont un empêchement dirimant de mariage.

### ARTICLE VI.

#### De l'empêchement qui résulte des ordres sacrés.

115. Les ordres sacrés, qui sont la prêtrise, (et à plus forte raison l'épiscopat) le diaconat et le sous-diaconat, forment un empêchement absolu qui empêche les personnes qui y sont engagées, de pouvoir valablement contracter mariage depuis leur ordination.

L'empêchement de mariage que forment les ordres sacrés, n'a pas toujours été un empêchement dirimant; cet empêchement, pendant bien des siècles, n'a été que prohibitif.

La première loi qui a ordonné que les ordres sacrés fussent un empêchement dirimant de mariage, est la constitution de Justinien, qui est en la loi 45; *Cod. de Episc. et Cleric.* Avant cette loi, les personnes engagées dans les ordres sacrés, qui contractoient mariage depuis leur ordination, n'encouroient que la peine de la déposition de leur ordre; leur mariage étoit valable. Justinien, par cette loi, veut qu'outre la peine de la déposition, leur mariage soit nul, de même que tous ceux qui sont défendus par les lois civiles, et que les enfans nés de ce commerce soient regardés comme bâtards; *Quoniam pœna facinoris hujus in solâ erat sacerdotii amissione, sacros autem canones non minùs quàm leges valere etiam nostræ volunt leges, sancimus obtinere in illis quæ sacris canonibus perindè ac si civilibus inscriptum esset legibus.... et præter supradictam exci-*

*dendi à ministerio pænam, ne legitimos quidem et proprios esse eos, qui ex hujusmodi inordinatâ constupratione nascuntur, aut nati sunt.*

Denis Godefroi, en une de ses notes sur cette loi, pense que Justinien a abrogé par la suite la peine de nullité de ces mariages; car par ses nouvelles constitutions il se borne à prononcer contre les personnes engagées dans les ordres sacrés, qui se marient depuis leur ordination, la peine de déposition de leur ordre : *Si aliquis presbyter aut diaconus aut subdiaconus posteà ducat uxorem aut concubinam, aut palàm aut occultè, statim suo cadat ordine; nov. 6, cap.* 5. La même chose se trouve *nov.* 22, *cap.* 42.

Dans les provinces d'occident, qui étoient déjà détachées de l'empire au temps de Justinien, et où l'on ne connoissoit que le code théodosien, nous ne voyions, avant le douzième siècle, ni loi, ni canon qui ait prononcé la peine de nullité des mariages contractés par les personnes engagées dans les ordres sacrés, depuis leur ordination.

Au contraire, le concile de Paris, tenu dans le neuvième siècle, l'an 829, sous Louis-le-Débonnaire et Lothaire son fils, nous fournit une preuve très-claire que le mariage contracté depuis l'ordination, n'étoit pas encore alors regardé comme nul. Ce concile, au canon 35, ordonne l'observation de celui de Néocésarée, dont il rapporte les termes : *Presbyter* (est-il dit) *si uxorem acceperit, ab ordine deponatur; si verò fornicatus fuerit, aut adulterium perpetraverit, ampliùs pelli debet, et sub pænitentiâ cogi.* Par ce canon, la fornication commise par un prêtre, est distinguée du mariage qu'avoit contracté ce prêtre, et est plus griévement punie : *si vero fornicatus fuerit, ampliùs pelli debet;* c'est-à-dire, privé de la communion, et réduit pendant un temps à l'état de pénitence. Mais si le mariage contracté par un prêtre depuis son ordination, eût été alors regardé comme invalide, la consommation de ce mariage eût été une fornication; on n'auroit pas distingué ce mariage, de la fornication : donc, puisqu'on l'en distingue, on le regardoit alors comme un véritable mariage; donc la prêtrise n'étoit pas regardée alors comme un empêchement dirimant de mariage.

Dans le dixième siècle, le concile d'Ausbourg, tenu l'an 952, de l'ordre et en présence de l'empereur Othon-le-Grand, où étoient plusieurs évêques d'Allemagne, des Gaules et

d'Italie, défend, par le premier de ses canons, le mariage des personnes qui sont dans les ordres sacrés; mais c'est à peine de déposition de leur ordre : le concile ne déclare pas nul ce mariage : *Si quis episcoporum, presbyterorum, diaconorum et subdiaconorum, uxorem acceperit, à sibi injuncto officio deponendus est, sicut in concilio Carthaginensi tenetur.*

La collection des canons que fit paroître Burchard, évêque de Wormes, qui a occupé ce siége depuis l'an 1008 jusqu'en 1026, nous fournit aussi une preuve qu'il n'y avoit point encore alors de loi ni de canon qui eût fait des ordres sacrés, un empêchement dirimant de mariage; car s'il y en avoit eu quelqu'une, cet auteur, qui a recueilli avec soin les canons qui pouvoient instruire de la discipline observée de son temps dans l'église, n'eût pas manqué de l'insérer dans sa collection. Cependant nous trouvons bien dans cette collection, au livre 2, le canon du concile de Néocésarée, qui défend aux prêtres de se marier, à peine de déposition, que nous avons rapporté ci-dessus, et plusieurs autres canons qui ont rapport à la continence qui doit être observée par les prêtres et les autres ministres des autels; mais nous n'en trouvons aucun qui ait fait des ordres sacrés, un empêchement dirimant de mariage : d'où on peut conclure qu'il n'y avoit encore alors aucun canon ni aucune loi qui eût établi cet empêchement. Cet argument, quoique négatif, ne laisse pas d'être concluant; car il n'est pas vraisemblable que s'il y avoit eu quelque loi ou quelque canon qui l'eût établi, il eût échappé à Burchard.

On peut tirer un pareil argument négatif du décret d'Yves de Chartres, qui est ou de la fin du onzième siècle, ou du commencement du douzième.

Nous avons quelque chose de plus positif dans une lettre de ce saint évêque (c'est la deux cent dix-huitième) à Galon, évêque de Paris, qui l'avoit consulté sur un de ses chanoines qui s'étoit marié. Il lui répond que si pareille chose étoit arrivée dans son diocèse, il laisseroit subsister le mariage, et se contenteroit de faire descendre le coupable à un ordre inférieur.

116. Les ordres sacrés, qui jusqu'au temps d'Yves de Chartres, n'avoient formé qu'un empêchement prohibitif, ne tardèrent pas à former un empêchement dirimant de mariage, comme il paroît par le canon du premier concile

de Latran, et bien plus formellement par le canon du second concile de Latran, rapporté *suprà*, en l'article précédent, *n.* 110 *et* 111.

Ce droit a depuis été constamment suivi par les décrétales des papes, qui se trouvent dans le corps du droit canonique.

Alexandre III, dans sa décrétale qui est rapportée au chapitre premier, *ext. de Cleric. conjug.*, répond conformément à la décision du concile, qu'un ecclésiastique qui s'est marié, s'il n'est que dans les ordres mineurs, doit retenir sa femme et perdre ses bénéfices; mais s'il étoit sous-diacre ou dans un ordre supérieur, il doit être contraint par censures, à renvoyer sa femme.

Le même pape, au chapitre 4, *extr. d. tit.*, dit que le mariage qu'un prêtre a contracté, n'est pas un véritable mariage : *Sacerdotes qui nuptias contrahunt, quæ non nuptiæ, sed contubernia sunt potiùs nuncupanda, etc.*

Boniface VIII déclare pareillement, *cap.* 1, *de vot. et vot. redempt. in* 6° que les ordres sacrés sont un empêchement dirimant de mariage : *Præsentis declarandum duximus oraculo sanctionis, illud solum votum dici debere solemne, quantùm ad post contractum matrimonium dirimendum, quod solemnisatum fuerit per susceptionem sacri ordinis, vel per professionem, etc.*

Clément V, dans le concile de Vienne, *cap. un. de conj. et affin. in Clement.*, met les mariages contractés par les personnes engagées dans les ordres sacrés, au même rang que ceux contractés dans les degrés prohibés de parenté ou d'affinité, et excommunie ceux qui les ont contractés, jusqu'à ce qu'ils se séparent.

Enfin le concile de Trente a prononcé anathème contre ceux qui soutiennent que les personnes engagées dans les ordres sacrés, peuvent contracter mariage, et que leur mariage est valide. Voici ses termes : *Si quis dixerit clericos in sacris ordinibus constitutos, vel regulares castitatem solemniter professos posse matrimonium contrahere, contractumque validum esse, non obstante lege ecclesiasticâ, vel voto..... anathema sit*; *sess.* 24, *can.* 9, *de reform. matrim.*

Van-Espen dit que ces termes, *non obstante lege ecclesiasticâ, vel voto*, ont été mis dans ce canon pour donner à entendre que le concile n'entendoit pas décider la question qui étoit entre les théologiens, si c'étoit le vœu de conti-

nence tacitement renfermé dans la réception des ordres sacrés, ou seulement la loi ecclésiastique, qui formoit l'empêchement.

117. La puissance séculière en France a adopté et confirmé la discipline ecclésiastique à cet égard : les parlements, conformément à cette discipline, regardent les ordres sacrés comme un empêchement dirimant de mariage.

Il s'éleva à cet égard une question qui fut portée au parlement de Paris, en 1640, dans lequel temps l'exercice de la religion calviniste étoit encore permis en France. La question étoit de savoir si le mariage qu'un prêtre avoit contracté après avoir embrassé le calvinisme, étoit valable. On disoit en faveur de ce mariage, que le prêtre ayant cessé d'être de la communion romaine, en embrassant le calvinisme, et n'étant plus par conséquent soumis aux lois de la communion romaine, lorsqu'il a contracté ce mariage, ces lois, auxquelles il n'étoit plus soumis, n'avoient pu mettre un obstacle à son mariage. Néanmoins l'arrêt déclare le mariage nul et abusif. La raison est, que la discipline de l'église, qui défend le mariage des personnes constituées dans les ordres sacrés, à peine de nullité, ayant été reçue et adoptée en France par la puissance séculière, la défense du mariage de ces personnes, à peine de nullité, est une loi de l'état aussi bien que de l'église ; d'où il suit que ce prêtre, dans qui la profession du calvinisme n'avoit pas effacé sa qualité de prêtre, étant demeuré sujet aux lois de l'état, n'avoit pu valablement contracter mariage contre les lois de l'état, qui défendent le mariage des prêtres. Cet arrêt est rapporté par Soefve.

Il ne peut plus y avoir lieu à cette question, n'y ayant plus d'autres religion en France que la religion catholique romaine.

118. Cet arrêt peut servir à la décision d'une autre question qu'on a faite autrefois, au sujet d'un sous-diacre qui ayant encouru l'irrégularité par un meurtre qu'il avoit commis, s'étoit depuis marié. La question étoit de savoir si le mariage qu'il avoit contracté depuis qu'il avoit encouru l'irrégularité, étoit valable. La raison de douter étoit, que le motif qui a porté l'église à obliger les personnes constituées dans les ordres sacrés, à garder la continence, et à leur défendre de se marier, étant l'incompatibilité qui paroissoit

se trouver entre la pureté qu'exigeoient les fonctions sacrées de leur ministère, et l'usage charnel du mariage, l'ecclésiastique étant, par l'irrégularité qu'il a encourue, devenu incapable de ces fonctions sacrées, il devoit cesser d'être incapable de contracter mariage. Nonobstant cette raison, le pape Alexandre III, consulté sur cette question, décide que le sous-diacre, qu'on disoit avoir encouru l'irrégularité par un meurtre qu'il avoit commis, soit qu'il l'eût commis, soit qu'il ne l'eût pas commis, ne pouvoit pas se marier valablement; *cap.* 1, *in fine, extr. de vot. et vot. redempt.* La raison est que *Nemo ex delicto suo jus consequi potest.* Un crime qui fait encourir à un ecclésiastique l'irrégularité, ne peut donc lui donner le pouvoir de contracter mariage, qu'il n'a pas.

L'arrêt que nous avons ci-dessus rapporté, vient à l'appui de la décision du pape Alexandre. Si, suivant cet arrêt, un prêtre apostat qui est sorti de l'église par une profession ouverte du calvinisme, continue d'être sujet à la loi qui défend le mariage des prêtres, à plus forte raison, celui qui a seulement encouru l'irrégularité, doit-il y demeurer sujet.

119. Il nous reste à observer que les ordres sacrés sont bien un empêchement dirimant à l'égard du mariage que l'ecclésiastique contracteroit depuis sa promotion auxdits ordres; mais ils ne rompent pas celui qu'il a contracté avant sa promotion, quand même il n'auroit pas été consommé. C'est ce qu'a décidé le pape Jean XXII : *Licèt* ( dit ce pape ) *votum solemnisatum per sacri susceptionem ordinis, quantùm ad impediendum matrimonium contrahendum, ac dirimendum, si post contractum fuerit, secundùm statuta canonum sit efficax reputandum; ad dissolvendum tamen priùs contractum, etiamsi per carnis copulam non fuerit consummatum, ( cùm nec jure divino, nec per sacros canones reperiatur hoc statutum) invalidum est censendum. Cap.* 1, *de voto et voti redempt. in extravag. Joan.*

Observez que la personne mariée qui s'est fait promouvoir aux ordres, doit être interdite des fonctions de son ordre, et qu'elle n'y peut être rétablie que suivant ce qui est prescrit *infrà, part.* 6, *ch.* 2, *art.* 2.

# CHAPITRE III.

Des empêchements dirimants relatifs, ou de l'incapacité qu'ont certaines personnes de se marier ensemble.

120. Nous appelons *empêchements dirimants relatifs*, ceux qui empêchent deux personnes en qui ils se rencontrent, de pouvoir se marier valablement ensemble, quoiqu'elles puissent se marier à d'autres.

Nous en trouvons neuf espèces; 1° la parenté naturelle; 2° l'affinité; 3° la parenté civile; 4° la parenté spirituelle; 5° l'empêchement qui résulte de l'honnêteté publique; 6° l'empêchement qui résulte du rapt et de la séduction; 7° celui qui est entre l'un des conjoints par mariage, et son adultère; 8° celui qui est entre l'un des conjoints par mariage, et le meurtrier de l'autre; 9° celui qui naît de la diversité de religion.

## ARTICLE PREMIER.

De l'empêchement qui résulte de la parenté naturelle.

Nous verrons dans un premier paragraphe, ce que c'est que la parenté naturelle, et quelles sont les manières de compter les degrés de parenté. Nous verrons dans un second paragraphe, quelles parentés forment un empêchement dirimant de mariage, et quels ont été les différents changements de discipline à cet égard.

### §. I. Ce que c'est que la parenté, et quelles sont les manières de compter les degrés dans les différentes lignes de parenté.

121. La parenté naturelle est la liaison que la nature a mise entre deux personnes qui descendent ou l'une de l'autre, ou d'une souche commune. Ces termes de la définition, *qui descendent l'une de l'autre*, désignent la parenté de la ligne directe : ceux-ci, *ou d'une souche commune*, désignent la parenté de la ligne collatérale.

122. On appelle *ligne de parenté*, la suite des personnes par lesquelles la parenté est formée entre deux parents.

Il y a deux lignes de parenté, la directe et la collatérale.

La ligne directe est la suite des personnes qui descendent

de moi, qu'on appelle *ligne directe descendante ;* et celle des personnes de qui je descends, qu'on appelle *ligne directe ascendante.*

Dans la ligne directe descendante, sont le fils, le petit-fils, l'arrière petit-fils : dans l'ascendente, sont le père, l'aïeul, le bisaïeul, etc.

La ligne collatérale est la suite des personnes par lesquelles l'un des parents est descendu de la souche commune dont son parent est descendu.

123. On appelle *degré de parenté*, la distance qu'il y a entre deux parents, qui se règle par le nombre des générations qui forment leur parenté, de manière qu'on compte autant de degrés qu'il y a de générations.

124. Il n'y a qu'une seule manière de compter les degrés de parenté dans la ligne directe, soit par le droit civil, soit par le droit canonique : on y compte autant de degrés de parenté qu'il y a eu de générations qui l'ont formée.

Par exemple, je suis au premier degré de parenté avec mon fils, parce qu'il n'y a eu qu'une génération qui a formé la parenté que j'ai avec mon fils. Je suis au second degré de parenté avec mon petit-fils, parce qu'il a fallu deux générations pour former la parenté que j'ai avec lui : il a fallu, 1° que j'aie engendré mon fils; 2° que mon fils ait engendré mon petit-fils. Je suis au troisième degré de parenté avec mon arrière petit-fils; car trois générations ont formé la parenté que j'ai avec lui : 1° j'ai engendré mon fils; 2° mon fils a engendré mon petit-fils; 3° mon petit-fils a engendré mon arrière petit-fils. Par la même raison, je suis au quatrième degré avec le fils de mon arrière petit-fils, parce qu'il y a eu quatre générations pour venir de moi à lui; et *sic deinceps* des autres degrés.

Il en est de même dans la ligne ascendante. Je suis au premier degré de parenté avec mon père, parce qu'une seule génération a formé cette parenté. Je suis au second degré avec mon aïeul, parce que deux générations ont formé cette parenté : mon aïeul a engendré mon père, et mon père m'a engendré. Je suis au troisième degré avec mon bisaïeul, parce qu'il y a trois générations de lui à moi : 1° il a engendré mon aïeul; 2° mon aïeul a engendré mon père; 3° mon père m'a engendré; et *sic deinceps* des autres degrés.

125. A l'égard de la ligne collatérale, la manière de comp-

ter les degrés suivant le droit canonique, est différente de celle du droit civil.

Suivant la manière du droit civil, pour compter les degrés de parenté en ligne collatérale, il faut compter toutes les générations qu'il y a en montant depuis moi jusqu'à la souche commune, et toutes celles qu'il y a en descendant depuis la souche commune jusqu'à mon parent.

Suivant cette manière de compter, il n'y a point de premier degré de parenté dans la ligne collatérale. La parenté que j'ai avec mon frère, qui est le plus proche parent que je puisse avoir en ligne collatérale, est une parenté au second degré : car il y a une génération pour aller de moi à mon père, qui est notre souche commune; et il y en a une autre pour descendre de mon père à mon frère. Mon père m'a engendré, et mon père a engendré mon frère; cela fait deux générations, et par conséquent deux degrés. Suivant cette manière de compter, je suis au troisième degré avec mon oncle; car il y a deux générations en montant depuis moi jusqu'à mon aïeul, qui est notre souche commune, et une génération en descendant de mon aïeul à mon oncle; ce qui fait trois générations, et par conséquent trois degrés.

Je suis au quatrième degré avec mon cousin germain : car il y a deux générations en montant depuis moi jusqu'à notre aïeul, qui est notre souche commune; et deux générati[ons] en descendant de cet aïeul jusqu'à mon cousin germain; ce qui fait quatre générations, et par conséquent quatre degrés.

Par la même raison, je suis au sixième degré avec mon cousin issu de germain : car il y a trois générations pour monter depuis moi jusqu'à notre bisaïeul, qui est notre souche commune, et trois pour descendre de cette souche commune jusqu'à ce cousin; ce qui fait six générations, et par conséquent six degrés.

Il en est de même des autres degrés.

126. La manière de compter les degrés de parenté, suivant le droit canonique, est différente de celle du droit civil : on n'y compte que les générations de l'un des parents jusqu'à la souche commune; au lieu que suivant le droit civil, on compte les générations des deux parents. Ou la ligne de parenté est égale, ou elle est inégale.

La ligne de parenté est égale, lorsque l'un et l'autre parents sont dans une distance égale de la souche commune, comme

le sont des frères, des cousins germains, des cousins issus de germains, etc.

Elle est inégale, lorsque l'un des parents est plus éloigné de la souche commune que ne l'est l'autre, comme dans la parenté qui est entre un oncle et un neveu, entre moi et le fils de mon cousin germain, etc.

Lorsque la ligne est égale, on compte les générations qu'il y a depuis l'un des parents seulement jusqu'à la souche commune; il n'importe lequel; et il y a autant de degrés de parenté qu'il y a de génération de ce parent jusqu'à la souche commune.

Par exemple, suivant cette manière de compter, deux frères sont au premier degré de la parenté collatérale, parce qu'il n'y a qu'une génération depuis l'un des frères jusqu'au père, qui est la souche commune. Deux cousins germains sont au second degré, parce qu'il y a deux générations depuis l'un de ces cousins jusqu'à l'aïeul, qui est leur souche commune. Les enfants des cousins germains, que nous appelons *issus de germains*, sont au troisième degré, parce qu'il y a trois générations depuis l'un d'eux jusqu'à leur bisaïeul, qui est leur souche commune. Les enfants de ces issus de germains sont au quatrième degré, parce qu'il y a quatre générations depuis l'un d'eux jusqu'à leur trisaïeul, qui est leur souche commune; et il en est de même des autres degrés.

Ce que nous venons de dire est renfermé dans cette maxime : *In lineâ collaterali æquali, quoto gradu unaquæque cognatorum persona distat à communi stipite, tot gradibus distant cognati inter se.*

Dans la ligne inégale on ne compte, à la vérité, que les générations qu'il y a depuis l'un des parents jusqu'à la souche commune; mais on doit les compter depuis celui des parents qui est le plus éloigné de cette souche commune.

Par exemple, suivant cette manière, un oncle et un neveu sont entre eux au second degré de parenté collatérale; car depuis le neveu, qui est la personne la plus éloignée de la souche commune, jusqu'à son aïeul, qui est le père de l'oncle, et leur souche commune, il y a deux générations, et par conséquent deux degrés.

Par la même raison, un grand-oncle et son petit-neveu sont au troisième degré; car depuis le petit-neveu jusqu'à

son bisaïeul, qui est le père de son grand-oncle, et leur souche commune, il y a trois générations.

C'est ce qui est renfermé dans cette règle : *In lineâ collaterali inæquali, quoto gradu remotior persona distat à communi stipite, tot gradibus distant cognati inter se.*

127. On ne sait pas bien quand a commencé dans l'église cette manière de compter les degrés de parenté pour les mariages, différemment du droit civil. Il est certain qu'elle étoit inconnue du temps de saint Ambroise ; car ce saint docteur, dans sa lettre à Paterne, qui est la soixante-dixième dans l'*édition des Bénédictins*, pour le dissuader du mariage qu'il vouloit faire de son fils avec la nièce de son fils, place, conformément à la manière de compter du droit civil, la parenté de l'oncle avec sa nièce, dans le troisième degré, et celle des cousins germains dans le quatrième degré : *Lex divina* ( dit-il ) *etiam patrueles fratres prohibet convenire, qui sibi* QUARTO *sociantur gradu : hic autem* (le degré d'oncle et de nièce, dans lequel Paterne vouloit marier son fils ) *gradus tertius est, qui etiam civili jure à consortio conjugii exceptus videtur.*

Le plus ancien monument qu'on produit de cette manière de compter les degrés de parenté différemment du droit civil, se trouve dans la lettre du pape S. Grégoire à S. Augustin de Cantorbéry, qui a été écrite sur la fin du VI^e siècle, ou tout au plus tard au commencement du VII^e. Par cette lettre, faite pour répondre aux questions de saint Augustin, sur la conduite qu'il devoit tenir à l'égard des nouveaux Chrétiens d'Angleterre, ce pape, sur la question de savoir à quel degré de parenté les mariages devoient leur être permis, s'exprime ainsi : *Quædam terrena lex in Romanâ republicâ permittit, ut sive fratris, sive sororis, seu duorum fratrum germanorum, vel duarum sororum filius et filia misceantur ; sed experimento didicimus, ex tali conjugio sobolem non posse succrescere, et sacra lex prohibet cognationis turpitudinem revelare : undè necesse est ut jam tertia vel quarta generatio fidelium licenter sibi jungi debeat ; nam secunda quam diximus, à se omnimodò debet abstinere.* Elle est au tome 2 de l'édition des Bénédictins, page 1129.

Les cousins germains, entre lesquels saint Grégoire veut que le mariage soit défendu, sont placés dans le second degré, suivant la manière de compter du droit canonique

d'aujourd'hui, différente de celle du droit civil, qui les place dans le quatrième.

Les Anglois qui avoient été convertis à la foi par saint Augustin de Cantorbéry, disciple de saint Grégoire, comptoient de cette manière les degrés de parenté pour les mariages. Le canon XIII du Pénitenciel de Théodore de Cantorbéry, qui est de la fin du VII^e siècle, s'exprime ainsi : *In tertiâ propinquitate carnis, secundùm Græcos licet nubere, in quintâ secundùm Romanos, etc.*

Il est visible que Théodore ne compte pas à la manière du droit civil, selon laquelle le troisième degré est celui de l'oncle et de la nièce, de la tante et du neveu ; car le mariage n'étoit pas permis chez les Grecs dans ce degré. Ces termes, *in tertiâ*, ne peuvent s'entendre que des cousins issus de germains, selon la manière de compter du droit canonique.

128. Cette manière de compter les degrés de parenté différemment du droit civil, ne s'étoit pas établie partout en même temps; dans le milieu du VII^e siècle on les comptoit encore en Espagne suivant le droit civil. Nous trouvons dans le décret de Gratien, *caus.* 35, *q.* 5, *can.* 6, un morceau tiré d'Isidore, archevêque de Séville, qui florissoit en ce temps où Isidore, en faisant l'énumération des différents degrés de parenté, les compte suivant la manière de les compter du droit civil.

129. A l'égard de la France, nous trouvons, vers le milieu du VIII^e siècle, un monument qui nous paroît prouver que l'on y comptoit déjà en ce temps les degrés de parenté pour les mariages, à la manière du droit canonique. C'est le premier canon du concile de Compiègne, tenu l'an 757, sous le roi Pepin, et qui est rapporté parmi les capitulaires et ordonnances de ce prince. Il y est dit : *Si in quartâ progenie reperti fuerint conjuncti, non separamus ; in tertiâ separantur, et eos qui unus in quartâ et alius in tertiâ sibi pertinent, et conjuncti inveniuntur, separamus.* Il est évident que par ce canon les degrés sont comptés à la manière du droit canonique : car selon la manière de compter du droit civil, qui compte les générations des deux parents, on ne diroit pas si l'un est au trois et l'autre au quatre; mais on diroit s'ils sont au septième.

130. Dans le XI^e siècle, quoique la manière de compter

les degrés de parenté pour les mariages, selon le droit canonique, différemment du droit civil, fût depuis long-temps établie dans l'église, il y avoit encore bien des personnes attachées à l'ancienne manière de compter les degrés de parenté, conformément au droit civil, qui ne vouloient pas s'en départir. Cela excita de grandes disputes dans ce siècle.

Il s'étoit établi dans ce temps-là une discipline qui étendoit la défense des mariages, pour cause de parenté, jusqu'au septième degré de parenté. Ceux qui étoient demeurés attachés à la manière de compter les degrés de parenté suivant le droit civil, bornoient cette défense au degré de cousin issu de germain, avec l'enfant de son cousin issu de germain, qui fait le septième degré, suivant la manière de compter du droit civil; et ils permettoient les mariages entre les enfants des cousins issus de germains, qui sont dans le huitième degré, suivant la manière de compter du droit civil.

Au contraire, ceux qui comptoient les degrés de parenté suivant la nouvelle manière de les compter, étendoient beaucoup plus loin la défense des mariages pour cause de parenté; ils plaçoient, suivant cette nouvelle manière de compter les degrés, les personnes qui descendoient d'un sixième aïeul commun, dans le septième degré de parenté; et ils étendoient jusqu'à ce degré inclusivement la défense des mariages.

Alexandre II, qui étoit monté sur le saint Siége en 1061, écrivit sur cette question une lettre décrétale, au clergé de Naples, par laquelle il décide, conformément à la nouvelle manière qui s'étoit introduite de compter les degrés, qu'on ne doit compter les générations qui forment les degrés de parenté, que de l'un des deux parents, jusqu'à la souche commune, et non pas les générations des deux parents, (suivant la manière de compter du droit civil). Il traite ceux qui (selon la manière de compter du droit civil) comptoient les générations des deux parents, de gens assis dans la chaire de pestilence : *Sedentes in cathedrâ pestilentiæ dictant jura quæ nesciunt; namque, ut fertur, ità generationes à duobus fratribus altrinsecùs prodeuntes enumerant, ut eorum invicem filios quartam, nepotes sextam, pronepotes octavam generationem esse perhibeant. Hoc itaque modo unumquemque*

*generationis gradum, qui unus procul dubio dicendus est, dividunt, etc.*

Ce pape ensuite, pour prouver qu'on ne doit compter les générations que de l'un des parents, tire un fort mauvais argument d'un endroit de la Genèse, où il est dit que Joseph vit jusqu'à la troisième génération la postérité qui lui étoit provenue de ses enfants Ephraïm et Manassès : car ce n'est que pour la parenté collatérale qu'on dit qu'on doit compter les générations des deux parents. L'endroit de la Genèse, cité par le pape, parlant de la postérité de Joseph, que ce patriarche a vue de son vivant, et par conséquent d'une parenté de la ligne directe, n'a aucune application à la parenté qui est entre des parents collatéraux, ni à la manière dont les degrés doivent se compter dans la ligne collatérale. Enfin il autorise sa décision par le texte de la lettre du pape S. Grégoire à S. Augustin de Cantorbéry, que nous avons rapporté *suprà, n.* 127.

Cette décrétale est la vingt-septième des lettres de ce pape, qui sont rapportées *au tome* 9 *des conciles du père Labbe.*

En 1065, le pape Alexandre II assembla à Rome, sur cette question, deux conciles consécutifs, qui sont le second et le troisième concile romain, rapportés *au tome* 9 *des mêmes conciles.*

La constitution que ce pape fit dans le premier de ces conciles, c'est-à-dire, dans le second concile romain, au palais de S. Jean-de-Latran, est rapportée dans le décret de Gratien, *caus.* 35, *quæst.* 5, *can.* 2.

Par cette constitution, qui est adressée à tous les évêques et à tous les juges d'Italie, il défend, sous peine d'excommunication, de compter les degrés de parenté pour le mariage, suivant la manière dont les lois civiles les comptent pour les successions. Il apporte cette raison de la différence qu'il doit y avoir entre la manière de compter les degrés pour les successions, et celle de les compter pour les mariages : *Quia,* dit-il, *hereditates nequeunt deferri, nisi de unâ ad alteram personam, idcircò curavit secularis imperator in singulis personis, singulos præfigere gradus; quia verò nuptiæ sine duabus non valent fieri personis, ideò sacri canones duas in uno gradu constituêre personas.*

Ceux qui furent réfractaires à ces constitutions, et qui s'obstinèrent à vouloir compter les degrés de parenté pour

les mariages, suivant la manière du droit civil, furent regardés comme hérétiques. On appela leur opinion, *l'hérésie des incestueux,* parce qu'en réputant pour le septième degré de parenté, suivant la manière de compter du droit civil, celui d'un cousin issu de germain avec les enfants de son cousin issu de germain, ils permettoient les mariages entre les enfants des cousins issus de germains, et dans les degrés suivants, que ceux qui comptoient les degrés différemment, regardoient comme incestueux.

131. Entre ceux qui comptoient les degrés différemment du droit civil, il y avoit une différence : on les comptoit le plus communément comme nous les comptons aujourd'hui selon le droit canonique, en comptant les frères pour le premier degré de la parenté collatérale, les cousins germains pour le second, les issus de germains pour le troisième, etc. Mais dans quelques églises on commençoit à compter les degrés de la parenté collatérale par les enfants des frères, c'est-à-dire, par les cousins germains, qu'on plaçoit dans le premier degré. On pensoit que les frères et sœurs, étant comme les souches d'où descendoient les différens degrés de parenté, ils ne doivent pas être comptés pour un degré; *quia,* dit Alexandre, en rapportant cette manière particulière à quelques églises, *fratres, quasi quidam truncus ex quo cæteri ramusculi nascuntur;* d. can. 2.

C'étoit une fort mauvaise raison ; car il est évident que ce ne sont pas les frères, mais que c'est le père, d'où descendent les frères eux-mêmes, qui fait la tige et la souche de la parenté.

§ II. Quelles parentés forment un empêchement dirimant des mariages; et quels ont été à cet égard les différents changements de discipline.

132. Il faut à cet égard distinguer les différentes espèces de parenté, et les différents temps.

La parenté de la ligne directe, en quelque degré éloigné qu'elle soit, a été dans tous les temps un empêchement dirimant de mariage.

La loi naturelle a formé cet empêchement; et tous les peuples se sont accordés à regarder comme incestueuse et abominable l'union charnelle entre des parents de cette ligne.

Quoique le crime de cette union se fasse mieux sentir par un sentiment naturel que par le raisonnement, on peut

néanmoins dire que le respect et la soumission qu'un fils doit, par le droit naturel, à sa mère, étant quelque chose d'opposé et d'incompatible avec l'autorité que le mariage donne au mari sur sa femme, un fils ne peut pas, sans blesser la loi naturelle, devenir le mari de sa mère : pareillement, le grand respect qu'une fille doit à son père, ne permet pas qu'elle devienne par le mariage sa compagne. Ce sont les raisons que rapporte Grotius, *de jur. bel. et pac. lib.* 2, *cap.* 5, §. 12.

Ces raisons peuvent s'appliquer aux autres parents de la ligne directe.

133. Dans la ligne collatérale, le mariage entre le frère et la sœur, celui du neveu avec sa tante, sont condamnés comme incestueux par la loi divine : *Qui acceperit sororem suam, filiam patris sui, vel filiam matris suæ, et viderit turpitudinem ejus, illaque conspexerit fratris ignominiam, nefariam rem operati sunt, occidentur in conspectu populi sui;* Lévit. xx, 17. Et plus bas il dit : *Turpitudinem materteræ et amitæ tuæ non discooperies, etc.* v. 19.

Grotius, *d. cap.* 5, §. 13, remarque que la défense des mariages dans les degrés exprimés par le Lévitique, n'étoit pas particulière aux Israélites; qu'elle n'étoit qu'un renouvellement d'une défense générale que Dieu en avoit faite à tous les hommes, depuis que le genre humain avoit été assez multiplié pour que le mariage des frères et des sœurs ne fût plus nécessaire, puisque la transgression qui en avoit été faite par les peuples de Canaan, est traitée d'abomination : *Ne polluamini in omnibus his quibus contaminatæ sunt gentes quas ego ejiciam ante conspectum vestrum, et quibus polluta est terra;* Lévit. xviii, 24. La tradition s'en étoit conservée dans le paganisme.

134. Par les lois romaines, le mariage du frère avec sa sœur, du neveu avec sa tante, et même sa grand'tante, et celui de l'oncle avec sa nièce, et même sa petite-nièce, étoient défendus, et regardés comme incestueux. La raison à l'égard des oncles et tantes, étoit qu'un oncle tient en quelque façon lieu de père à sa nièce, et une tante tient lieu de mère à son neveu. C'est celle que rend Paul : *Sororis pronepotem non possum ducere uxorem, quoniam parentis loco ei sum;* l. 39, ff. *de rit. nupt.*

Il est vrai que l'empereur Claude, afin de satisfaire la passion qu'il avoit pour Agrippine, fille de son frère Germinacus, qu'il vouloit épouser, fit porter une loi par le sénat, qui permettoit aux oncles d'épouser les filles de leur frère. Mais Suétone remarque que cette loi, en permettant ces mariages, qui avoient toujours été regardés comme incestueux, *quæ ad id tempus incesta habebantur*, ne changea pas sur cela les idées des Romains, et que l'exemple de l'empereur n'eut pas d'imitateurs, *non repertis qui sequerentur exemplum*. Suétone, *in Claud.*

C'est par cette raison que les jurisconsultes décidèrent que cette loi n'étoit susceptible d'aucune extension, et que la permission qu'elle accordoit pour le mariage d'un oncle avec la fille de son frère, ne devoit pas s'étendre à celui d'un oncle avec la fille de sa sœur, ni encore moins à celui d'un neveu avec sa tante. C'est ce que nous apprenons d'Ulpien : *Ex tertio gradu licet uxorem ducere, sed tantùm fratris filiam, non etiam sororis filiam, nec amitam, nec materteram, quamvis eodem gradu sint.* Ulpien ; *fragm. tit.* 5, §, 6.

Enfin la loi qui avoit été portée sous l'empereur Claude, pour permettre le mariage d'un oncle avec la fille de son frère, fut abrogée par la constitution des empereurs Constance et Constant, qui défendirent sous peine capitale ce mariage : *Si quis filiam fratris sororisve faciendam crediderit abominanter uxorem, capitalis sententiæ pœnâ teneatur*; l. 1, *Cod. Theod. de incest. nupt.*

Il y en a qui pensent que la loi de l'empereur Claude avoit déja été abrogée par Constantin-le-Grand : quoique sa constitution ne nous soit pas parvenue, ils se fondent sur ce que Sozomène rapporte de cet empereur : *Qui intemperantes et dissolutos concubitus anteà minimè prohibitos coërcuit, sicut ex legibus quæ de illis latæ sunt, deprehendere licet.*

135. A l'égard des cousins germains, le mariage dans ce degré avoit toujours été permis jusqu'à la loi de Théodose-le-Grand, qui le défendit.

Il n'avoit pas été non plus défendu jusqu'alors dans l'église, par aucun canon : l'église n'avoit d'autres règles sur les parentés qui doivent empêcher les mariages, que les lois de l'empire.

Il y avoit néanmoins, avant la loi de Théodose, des personnes qui se faisoient scrupule de contracter ces mariages,

à cause de la ressemblance que ces cousins avoient avec des frères et sœurs; ces cousins, lorsqu'ils étoient du côté paternel, étant nommés en latin, *fratres et sorores patrueles.*

C'est ce que nous apprenons de S. Augustin, *lib.* 15, *de Civit. Dei, cap.* 16, où il est dit : *Experti sumus in communione consobrinorum etiam nostris temporibus propter gradum propinquitatis fraterno gradui proximum, quàm rarò propter mores fiebat, quod fieri per leges licebat, quia id nec divina lex prohibuit, et nondùm prohibuerat lex humana.*

S. Augustin, par *lex humana*, entend parler de la constitution de Théodose, qui avoit eté publiée peu de temps avant qu'il écrivît.

Il paroît que même dans le paganisme les Romains avoient eu quelque scrupule sur les mariages entre cousins germains, mais qu'ils s'y étoient accoutumés. C'est ce que nous apprenons du discours de l'empereur Claude au sénat, qui est raporté par Tacite, *lib.* 12, *Ann.* Ce prince, pour engager le sénat à porter une loi qui permette le mariage de l'oncle et de la nièce, dit qu'on ne doit pas s'arrêter à la prévention qu'on a contre; que les Romains avoient aussi été autrefois prévenus contre le mariage des cousins germains, et qu'ils étoient revenus de cette prévention : *Sobrinorum* (1) *diù ignorata ( conjugia ) tempore percrebuisse.*

Plutarque, dans ses causes, *quæst.* 6, rapporte aussi que les mariages des cousins germains avoient été pendant longtemps regardés de mauvais œil chez les Romains; *diù apud Romanos invisa fuisse;* que le peuple avoit fait une loi qui les déclaroit permis, et défendoit les mariages dans les degrés qui étoient plus proches. Il n'en dit pas le temps.

136. Après la mort de Théodose, Arcade et Honorius ses enfants, firent une loi par laquelle ils confirmèrent la loi de Théodose pour la nullité des mariages entre cousins germains, en abrogeant seulement la peine du feu et de la confiscation des biens, ordonnée par la loi de Théodose contre les infracteurs de cette loi.

---

(1) J. Lipse, dans ses notes sur ce texte, dit que ce terme se prend ici pour *Consobrinarum*, c'est-à-dire, pour les mariages avec une cousine germaine. Quoique ce terme, dans le langage des jurisconsultes, soit destiné à signifier des cousins issus de germains, il se prend chez les autres auteurs indifféremment pour les cousins germains, comme pour les autres cousins.

Celle d'Arcade et d'Honorius est la loi *Manente, 3, Cod. Theod. incest. nup.* Elle est datée du quatrième consulat d'Arcade, et du troisième d'Honorius, c'est-à-dire, de l'an 396.

Depuis, Arcade changea de sentiment, et fit une loi qui abrogea celle de Théodose, et permit le mariage entre cousins germains. Justinien (1), qui approuvoit aussi ces mariages, l'a fait insérer dans son code ; elle est la 19[e] *Cod. de nupt.* Il y est dit : *Celebrandis inter consobrinos matrimoniis licentia legis hujus salubritate indulta est, ut resecatâ prisci juris autoritate, restinctisque calumniarum fomentis, matrimonium inter consobrinos habeatur legitimum, etc.*

Par ces mots, *resecatâ prisci juris autoritate*, il est évident qu'Arcade entend parler de la constitution de Théodose, qui avoit défendu ces mariages, et que par respect pour la mémoire de son père, il n'osa pas dire expressément qu'il abrogeoit la loi de son père. Cette loi est datée du second consulat de Stilicon et d'Anthême, c'est-à-dire, de l'an 404.

Quoiqu'elle soit intitulée des noms d'Arcade et d'Honorius, parce qu'il étoit d'usage d'intituler les lois du nom des deux empereurs régnans, néanmoins cette loi, adressée à Eutichianus, Préfet du prétoire d'orient, étoit d'Arcade seul, et n'étoit faite que pour la partie de l'empire qui lui étoit échue, c'est-à-dire, pour l'orient.

Au contraire, dans l'occident, les mariages entre cousins germains, continuèrent d'être défendus. Honorius, à qui cette partie de l'empire étoit échue, renouvela encore la défense de ces mariages par la loi unique, *Cod. Theod. Si nupt. ex rescrip. pet.* ; en permettant néanmoins par cette loi, à ceux qui voudroient les contracter, de se pourvoir pardevers lui, pour en obtenir la dispense, s'il le jugeoit à propos.

Cette loi est datée de Ravenne, sous le huitième consulat

---

(1) Il est étonnant que l'auteur du *traité sur les mariages*, de 1753, *pag.* 250, 251 *et* 252, dise que Justinien a défendu les mariages entre cousins germains, et qu'il a renouvelé la loi de Théodose, qui les avoit défendus ; il est notoire que Justinien permettoit ces mariages. Il dit dans ses institutes, au tit. *de nupt.* §. 5 : *Duorum autem fratrum vel sororum liberi, vel fratris et sororis, conjungi possunt.* C'est pour cela qu'il a fait insérer dans son code la loi *Celebrandis*, qui révoquoit la défense que Théodose avoit faite de ces mariages ; et qu'au contraire il n'y fit pas insérer la loi *Manente, 3, Cod. Theod. de inc. nupt.* ni la loi unique, *Cod. Theod. Si nuptiæ ex rescr. petant* ; lesquelles confirmoient la défense de ces mariages.

d'Honorius, c'est-à-dire, de l'an 409; elle est adressée à Théodore, préfet du prétoire d'Italie. Quoique, suivant l'usage ci-dessus mentionné, elle soit intitulée des noms d'Arcade et d'Honorius, il n'est pas douteux que c'est Honorius seul qui l'a faite pour la partie de l'empire qui lui étoit échue, c'est-à-dire, pour l'occident.

137. Les peuples qui s'établirent en occident sur les débris de l'empire Romain, et qui embrassèrent la foi chrétienne, ayant trouvé le mariage des cousins germains défendu par la discipline de l'église, qui s'étoit à cet égard conformée aux lois des empereurs, se soumirent à ces lois. Ainsi le mariage des cousins germains ne pouvoit être légitimement contracté chez les Goths, sans une permission expresse du prince, comme nous l'apprenons de Cassiodore, *epist.* VII, 46.

138. La défense des mariages entre parents n'en demeura pas au degré des cousins germains : elle fut étendue aux cousins issus de germains; ensuite au quatrième degré; et par succession de temps, jusqu'au sixième et au septième degré. Dans quelques conciles les mariages furent défendus entre parents, d'une manière illimitée. Ce qui donna lieu à cette extension, fut une opinion qui se répandit, que la loi du Lévitique défendoit tous mariages entre parents indéfiniment. Cette opinion étoit fondée sur un passage du Lévitique, que ceux qui la tenoient entendoient mal; il est au chapitre 18, *v.* 6, où il est dit : *Omnis homo ad proximam sanguinis sui non accedet, ut revelet turpitudinem ejus.* Au lieu d'entendre ces termes, *ad proximam sanguinis sui*, relativement aux versets qui suivent, et de les restreindre et déterminer aux degrés de parenté dont ces versets contiennent le détail, ils les entendoient d'une manière absolue, sans aucune relation avec les versets suivants; et croyoient en conséquence trouver dans ce passage du Lévitique, une défense illimitée des mariages entre parents. Cette opinion étoit déjà répandue chez les Goths dès le sixième siècle; c'est ce qui paroît par le second concile de Tolède, tenu l'an 531, sous le roi Amalaric.

Il est dit au cinquième canon : *Sancimus ne quis fidelium, propinquorum sanguinis sui, usquequò affinitatis lineamenta generis successione cognoscit; in matrimonio sibi desideret copulari; quoniam scriptum est : Omnis homo ad propinquam sanguinis sui non accedet, ut revelet turpitudinem ejus, etc.* Cette défense est faite sous peine d'excommunication.

Observez que le concile ne défend ces mariages que parce qu'il les croit défendus par la loi divine, c'est-à-dire, par un article de la loi du Lévitique, qu'on avoit dans ce temps mal entendu.

Le concile n'entend pas établir un nouvel empêchement de mariage; l'église n'en admettoit pas alors d'autres que ceux qui étoient établis par la loi divine ou par les lois des princes. On peut faire la même observation à l'égard des autres conciles que nous citerons ci-après.

Le concile d'Agde, tenu l'an 506, sous le roi Alaric, défend aussi d'une manière illimitée les mariages entre parents et affins. Le canon 61 déclare incestueux, *qui ex propriâ consanguinitate aliquam, aut quam consanguineus habuit, concubitu polluerit, aut duxerit uxorem.*

Observez que ce canon est suspect, ne se trouvant pas dans les anciens manuscrits de ce concile, dans lesquels on ne trouve que les quarante-sept premiers canons. *Voyez la note du père Syrmond.*

139. Les conciles qui furent tenus dans ce siècle chez les Bourguignons et chez les François, se contentèrent d'étendre la défense des mariages entre parents jusqu'au degré des cousins issus de germains : ils ne regardoient pas comme parenté celle des degrés ultérieurs.

Le concile *Epaunense*, tenu l'an 517, sous S. Sigismond, roi des Bourguignons, *can.* 30, déclare incestueux les mariages entre cousins germains et issus de germains, et les défend à l'avenir, sans casser ceux qui ont été contractés auparavant : *Incestos hos censemus..... Si quis consobrinæ sobrinæve se societ, quod ut à præsenti tempore prohibemus, itâ ea quæ sunt anteriùs instituta non solvimus.*

Le concile de Clermont, *Arvernense*, tenu l'an 535, *consentiente Domino nostro gloriosissimo piissimoque rege Theodeberto*, dit au canon 12 : *Si quis.... consobrinam sobrinamve.... crediderit carnalis conjugii consortio violandam, et ausu sacrilego auctoritatem divinæ legis ac jura naturæ perruperit.*

Le troisième concile d'Orléans, tenu l'an 538, sous le roi Childebert, défend pareillement, canon 10, *Ne quis sibi conjugii nomine sociare præsumat.... consobrinam aut sobrinam.... Quòd si qui in hoc incesti adulterio potiùs quàm conjugio fuerint sociati, quandiù se non separaverint, à communione ecclesiasticâ separentur.* Le concile néanmoins déclare qu'on doit tolérer

ces mariages à l'égard de ceux qui les ont contractés de bonne foi avant leur conversion à la foi, ou avant que d'en avoir été instruits.

Le second concile de Tours, tenu en 567, sous le roi Chérebert, confirme, à l'égard de la défense des mariages entre parents, les canons des conciles *Epaunense* et *Arvernense.*

Le concile d'Auxerre, tenu sous le roi Chilpéric, l'an 578, canon 31, dit : *Non licet consobrinam, hæc est quæ de duobus fratribus aut de duabus sororibus procreatur, in conjugium accipere ; nec qui de ipsis nati fuerint, in conjugio socientur.*

Contre ces conciles du sixième siècle, qui défendent les mariages des issus de germains, on opposera peut-être que S. Grégoire, dans sa lettre à Augustin, écrite sur la fin de ce siècle, ou peut-être même au commencement du septième, borne la défense des mariages au degré des cousins germains, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 127.

Mais il y a lieu de croire que c'est par condescendance pour ces peuples nouvellement convertis à la foi, qu'il leur permet le mariage entre cousins au troisième degré, c'est-à-dire, issus de germains. *Necesse est*, dit-il, *ut jam tertia vel quarta generatio fidelium licenter sibi jungi debeat.*

Il résulte de ces termes, *tertia vel quarta*, que S. Grégoire, en ne permettant à ces peuples le mariage entre parents qu'au *troisième degré tout au plus*, il les exhorte à ne se le permettre qu'au quatrième degré.

140. La discipline sur l'extension de la défense du mariage entre parents, jusqu'aux cousins du troisième degré, c'est-à-dire, jusqu'aux issus de germains inclusivement, continua dans le septième siècle. Le cinquième concile de Paris, tenu l'an 615, canon 14, déclare incestueux le mariage qu'un homme contracteroit avec sa cousine germaine, et même avec sa cousine au troisième degré : *Si quis.... consobrinam, sobrinam.... conjugii crediderit consortio violandam....*

Le roi Clotaire II avoit assemblé dans ce concile les évêques de tous ses états, et soixante-dix-neuf évêques y assistèrent ; c'est pourquoi il est appelé le concile général par le concile de Reims, qui fut tenu quelque temps après. Le roi Clotaire en confirma les actes par un édit qui est rapporté à la fin de ces actes, dans le cinquième tome des conciles du père Labbe : au moyen de quoi le mariage entre les cousins au troisième degré, se trouva défendu en France par la loi du prince, aussi bien que par l'église.

Néanmoins dans les capitulaires du roi Dagobert, successeur immédiat de Clotaire, qui sont une espèce de code divisé en trois parties, que ce prince fit faire l'an 631, des lois des rois Thierry, Childebert et Clotaire, ses prédécesseurs, pour les différents peuples soumis à l'empire François, nous lisons dans la troisième partie, intitulée *Lex Bajuvariorum*, au tome 6, cap. 1 : *Uxorem habere non licet socrum, etc..... filii fratrum, filii sororum, nullâ præsumptione jungantur; si quis contrà hæc fecerit, à loci judicibus separetur.* La défense n'est pas etendue au-delà.

Il y a lieu de croire que c'est par condescendance que Dagobert restreignit au degré des cousins germains, en faveur de ces *Bajuvarii*, la défense des mariages entre parents, qui s'étendoit jusqu'au troisième degré, par les canons du cinquième concile de Paris, et par l'édit du roi Clotaire II, comme nous venons de le voir ci-dessus.

141. Sur la fin du VII[e] siècle, la défense des mariages entre parents qui ne passoient pas le troisième degré, c'est-à-dire, celui des cousins issus de germains, s'étendit au quatrième degré. C'est ce qui paroît par le treizième canon du Pénitentiel de Théodore de Cantorbéry, qui est de la fin du VII[e] siècle, et que nous avons rapporté *suprà*, n. 127. Il y est dit : *In tertiâ propinquitate carnis secundùm Græcos licet nubere, in quintâ secundùm Romanos.* Donc le mariage étoit déjà défendu à Rome au quatrième degré, puisqu'il n'étoit permis qu'au cinquième, quoiqu'on le tolérât dans le quatrième, et même dans le troisième, lorsqu'il avoit été fait par ignorance et de bonne foi. C'est pourquoi le canon ajoute : *Qui tamen in tertiâ propinquitate facta non solverint, si anteà ab inscientibus compacta fuissent.*

142. Dans le VIII[e] siècle, Grégoire II, dans le concile romain tenu l'an 721, défendoit les mariages entre parents, d'une manière illimitée. Le concile, après avoir dit dans le canon huitième, *Si quis consobrinam duxerit in conjugium, anathema sit,* ajoute dans le canon neuvième, d'une manière illimitée : *Si quis de propriâ cognatione, vel quam cognatus habuit, duxerit uxorem, anathema sit, et responderunt omnes tertio, anathema sit.*

Zacharie, l'un de ses successeurs dans le même siècle, dans la septième de ses lettres, adressée à Pepin, maire du palais, et qui est rapportée au sixième tome des conciles

du père Labbe, défend aussi le mariage entre parents, d'une manière illimitée, et tant que la parenté peut se connoître. Il dit dans cette lettre, *cap.* 22 : *Nos...... dicimus ut dùm usque sese generatio cognoverit, juxtà ritum et normam christianitatis et religionis, non copuletur conjugiis.*

Cette défense illimitée des mariages entre parents, avoit de grands inconvénients. Grégoire II, qui l'avoit portée dans le concile romain, les reconnut lui-même; car dans une réponse qu'il fit peu de temps après à Boniface, archevêque de Mayence, qui l'avoit consulté sur plusieurs points de discipline, il détermine au quatrième degré l'étendue de la défense des mariages entre parents.

La lettre décrétale qui contient cette réponse, est la treizième des lettres de ce pape, dans la collection des conciles du père Labbe, *tome* 6. Il y est dit, art. 1 : *In primis legebatur in quotâ progenie propinquorum matrimonium copuletur? Dicemus quòd oportuerat quidem, quandiù se agnoscunt affinitate propinquos, ad hujus copulæ non accedere societatem : sed quia temperantia magis, et præsertim in tam barbarâ gente plus placet, quàm districtio censuræ, concedendum est ut post quartam generationem jungantur.*

Il n'est pas douteux que ces termes, *post quartam generationem*, doivent s'entendre selon la manière du droit canonique de compter les degrés. Nous avons vu *suprà, n.* 129, qu'elle étoit établie dans ce siècle; et d'ailleurs il est évident que Grégoire II, qui tenoit pour principe que toute parenté étoit un empêchement de mariage, ne l'auroit pas bornée au quatrième degré, suivant la manière de compter du droit civil, qui est celui des cousins germains.

Les conciles qui furent tenus en France dans le VIII^e siècle, prirent aussi le parti de limiter le degré dans lequel les mariages entre parents seroient défendus, et d'en étendre néanmoins la défense jusqu'au quatrième degré inclusivement.

Le concile de Verberie, *Vermeriense*, tenu l'an 752, en présence du roi Pepin, les défend jusqu'au quatrième degré; de manière néanmoins qu'il n'y eût que les degrés qui précédoient le quatrième, qui formassent un empêchement dirimant, et que le quatrième formât seulement un empêchement prohibitif. Voici les termes de ce concile, canon 10 : *In tertio geniculo separentur..... in quartâ conjunctione si*

*inventi fuerint, eos non separamus, sed pœnitentiam indicimus; attamen si factum non fuerit, nullam facultatem conjungendi in quartâ generatione damus.*

Il suffisoit même, suivant le concile de Compiègne, tenu cinq ans après, pour que la parenté formât un empêchement dirimant, que l'un des conjoints fût au troisième degré, quoique l'autre ne fût qu'au quatrième. Voici les termes du concile, *cap.* 10 : *Si in quartâ progenie reperti fuerint conjuncti, non separantur; in tertiâ si reperti fuerint, separantur; et eos qui unus in quartâ, alius in tertiâ sibi pertinent, et conjuncti inveniuntur, separamus.*

Ce concile avoit été tenu sous le roi Pepin, l'an 757, *in generali populi conventu*, comme porte le titre.

Charlemagne, dans son capitulaire de la loi Salique, publié l'an 798, confirma ce qui avoit été réglé pour la défense des mariages entre parents, par les conciles tenus sous le règne de Pepin son père, en prononçant des peines contre les contrevenants. Il y est dit : *Si quis sororem aut fratris filiam, aut certè alterius gradûs consobrinam, aut fratris uxorem aut avunculi, sceleratis nuptiis sibi junxerit, huic pœnæ* (id est multæ mille et ducentorum denariorum, de quâ cap. præced.) *subjaceat, atque etiam si filios habuerint, non habeantur legitimi heredes, sed infamiâ sint notati.*

Remarquez qu'il n'est pas dit simplement *consobrinam*, ce qui ne signifieroit que la cousine germaine; mais il est dit, *alterius gradûs consobrinam*, ce qui signifie cousine dans quelque autre degré défendu par les conciles.

143. La même discipline avoit encore lieu dans le IX<sup></sup>e siècle. La défense du mariage entre parents étoit encore bornée au quatrième degré; sauf qu'on rendit pour l'avenir empêchement dirimant de mariage, la parenté qui n'étoit auparavant dans ce degré, qu'un empêchement prohibitif.

C'est ce qui est porté par le canon 54 du concile de Mayence, tenu sur la fin du règne de Charlemagne, l'an 813, *Contradicimus quoque ut in quartâ generatione nullus ampliùs conjugio copuletur; ubi autem post interdictum, factum fuerit, separetur.*

Les termes dont se servent les pères de ce concile, dans la lettre par laquelle ils en adressent les actes à Charlemagne, sont trop remarquables pour que nous les omettions ici. Ils reconnoissent, dans les termes les moins équivoques, l'au-

torité que Dieu a donnée aux princes séculiers sur ce qui concerne la discipline ecclésiastique. Voici comme ils s'expliquent : *De his omnibus valdè indigemus vestro adjutorio atque sanâ doctrinâ, quœ et nos jugiter admoneat, atque clementer erudiat, quatenùs ea quœ paucis subter perstrinximus capitulis, à vestrâ auctoritate firmentur, si tamen vestra pietas ità dignum esse judicaverit ; et quidquid in eis emendatione dignum reperietur, vestra magnifica imperialis dignitas jubeat emendare, ut ità emendata nobis omnibus et cunctœ Christianœ plebi ac posteris nostris proficiant ad vitam, salutem, et ad gloriam sempiternam.*

144. Ce n'est qu'à la fin du neuvième siècle que nous commençons à voir la défense des mariages entre parents, étendue jusqu'au sixième et septième degré.

Le concile de Wormes, tenu en 868, sous Charles le Chauve, n'étendoit pas encore cette défense au-delà du quatrième degré. Le canon 78 de ce concile est copié mot pour mot sur le cinquante-quatrième canon de celui de Mayence, rapporté ci-dessus.

Mais depuis, la défense des mariages entre parents ne tarda pas long-temps à être étendue jusqu'au septième degré.

Ce fut au second concile *Duziacence*, convoqué par Charles-le-Chauve, et tenu à Douzy, bourg situé à une lieue de Sedan, aux ides de Juillet (1) 874.

C'est ce qui paroît par une lettre synodale de ce concile, écrite aux évêques d'Aquitaine, qui est rapportée au neuvième tome des conciles du père Labbe. Elle commence ainsi : *Sancta Synodus plurimarum provinciarum nutu divino, et sanctione Domini Caroli regis gloriosi, apud Duziacum secùs municipium mosomum Remensis provinciœ, in die nomine anno Incarn.* 874, *convocata; dilectis fratribus, et venerabilibus consacerdotibus nostris in provinciis Aquitaniœ regionis sanctas ecclesias gubernantibus, plurimam in salvatore salutem.* Les pères du concile disent ensuite qu'ils ont appris que dans l'Aquitaine plusieurs personnes nobles contractoient des mariages incestueux, en s'autorisant d'une lettre de S. Grégoire à Augustin, évêque des Anglois, par laquelle ce pape bornoit au second degré la

---

(1) C'est de ce concile qu'il faut entendre ce que dit Aimoin, v. 31 : *Generale placitum idibus Juniis hoc anno à Carolo Rege in villâ Duziâ celebratum.*

défense des mariages entre parents, et les permettoient au troisième et au quatrième. Ce n'est, disent les pères de ce concile, qu'une condescendance que S. Grégoire a eue pour un peuple nouvellement converti à la foi, qui ne doit pas être tirée à conséquence. S. Grégoire, ajoutent-ils, dans une réponse qu'il a faite à Félix, évêque (1) de Messine, qui lui avoit reproché ce violement de la discipline, dont il n'y avoit pas d'exemple, a reconnu que, selon les règles de l'église, les mariages étoient défendus entre parents jusqu'au septième degré, et que la condescendance qu'il avoit eue en les permettant dans des degrés plus proches, aux Anglois nouvellement convertis, n'étoit qu'*ad tempus*, jusqu'à ce qu'ils fussent affermis dans la foi, en conséquence les pères du concile exhortent les évêques d'Aquitaine à empêcher de tout leur pouvoir les mariages incestueux, et ils déclarent tels tous ceux qui sont contractés entre parents, en quelque degré qu'ils soient, qui ait un nom de parenté : *Tamdiù*, disent-ils, *ut christiana religio et auctoritas sanctæ ecclesiæ sancit, conjugia inter proximos vitanda sunt; quamdiù necessitudinum nomina perseverant, quoniam nunquam christianis convenit ut duæ aut tres necessitudines, ut beatus* (2) *Augustinus ait, in homine uno fiant.*

D'où les pères du concile concluent que les mariages ne peuvent être permis qu'au-delà du septième degré de parenté, *propinquitatis conjugia ultrà septimum gradum differenda*, chacun des sept degrés de parenté ayant son nom de parenté particulier; le premier degré étant celui des frères et sœurs; le second, celui de leurs enfants, *fratrum sororumve filii aut filiæ*, qui sont entre eux cousins germains; le troisième, celui des *fratrum sororumve nepotes et neptes;* le quatrième, celui des *fratrum sororumve pronepotes aut pronéptes;* le cinquième, celui des *fratrum sororumve abnepotes aut abneptes;* le sixième, celui des

---

(1) La prétendue lettre de Félix de Messine, et la prétendue réponse de S. Grégoire à cette lettre, qui n'étoient pas alors suspectées, avoient induit en erreur les pères du concile de Douzy, sur l'étendue de la défense des mariages entre parents jusqu'au septième degré. On a reconnu, à l'aide de la critique, que cette lettre de Félix étoit une pièce supposée, et que la réponse de S. Grégoire, si elle n'étoit pas aussi supposée, étoit néanmoins considérablement altérée et interpolée. Ce qui y est dit de la défense des mariages, fait partie des interpolations.

(2) *Lib.* 15, *de Civit. Dei.*

*fratrum sororumve atnepotes aut atneptes;* en enfin le septième, celui des *fratrum sororumve trinepotes aut trineptes.*

C'est à cette époque du concile de Douzy, qu'on doit fixer pour la France l'étendue de la défense des mariages entre parents jusqu'au septième degré.

Il est vrai que dans les trois derniers livres des Capitulaires de Charlemagne et de Louis-le-Débonnaire, recueillis vers le milieu du neuvième siècle, par Benedictus-Levita, pour servir de supplément aux quatre premiers livres que l'abbé Andegisile avoit recueillis du vivant de Louis-le-Débonnaire, nous trouvons quelques articles qui font mention de la défense des mariages entre parents jusqu'au septième degré.

Tel est l'article 130 du sixième livre, où il est dit : *Christiani ex propinquitate sui sanguinis usque ad septimum gradum connubia non ducant, nec sine benedictione sacerdotis nubere audeant.*

Ces termes, *usque ad septimum gradum,* paroissent plus que suspects d'avoir été ajoutés et interpolés; 1° parce que dans les articles 327 et 408, où ce capitule est répété (1) dans les mêmes termes, ces mots, *usque ad septimum gradum,* ne se trouvent point; 2° parce que le concile de Wormes, tenu sous Charles-le-Chauve, ayant borné au quatrième degré la défense des mariages entre parents, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 144, il n'est pas vraisemblable que les empereurs précédents aient étendu plus loin cette défense; car s'ils l'avoient fait, les pères du concile de Wormes n'auroient pas manqué de s'y conformer.

Il faut dire la même chose à l'égard de l'article 229 du sixième livre, où il est dit : *In quartâ propinquitate carnis, quintâ sextâque non licet nubere, sicut in lege scriptum est : Omnis homo ad propinquam sanguinis sui non accedat, ut revelet turpitudinem ejus, id est, usque ad septimum gradum, etc.*

Les mots *usque ad septimum gradum,* et les mots *quintâ sextâque,* nous paroissent pareillement avoir été ajoutés et interpolés, par la raison que nous avons ci-dessus dite.

---

(1) *Benedictus-Levita,* dans la préface qui est en tête de son recueil, avertit ses lecteurs de ces répétitions : *Monemus lectores ut si eadem capitula duplicata vel triplicata repererint, non hoc nostræ imperitiæ reputent, quia diversis ea in Schedulis invenimus, et tam citò hæc emendare nequivimus.*

C'est pourquoi c'est à l'époque du concile de Douzy, dans le déclin du neuvième siècle, qu'il faut s'en tenir pour l'étendue de la défense jusqu'au septième degré en France.

145. En Angleterre, où le second concile Romain, tenu sous Grégoire II, avoit été reçu, puisque le canon de ce concile, qui défend le mariage entre parents, se trouve dans le recueil des canons, fait par Egbert, archevêque d'York, dans le huitième siècle, *art.* 135, on jugea aussi à propos de déterminer la défense illimitée portée par ce concile, et de la borner au cinquième degré inclusivement.

Les mariages n'étoient pas encore défendus en Angleterre au-delà de ce degré, dans le déclin du xe siècle.

C'est ce qui paroît par le cinquième canon du Synode de Northumberland, où il est dit : *Prohibemus ut nemo matrimonium contrahat infrà gradum seu geniculum quartum.* Il étoit donc encore permis au quâtrième. Les canons de ce Synode sont rapportés au neuvième tome des conciles du P. Labbe.

Mais dans le xie siècle, la défense des mariages entre parents y fut étendue jusqu'au sixième degré.

C'est ce qui paroît par les lois du roi Canut, sur la discipline ecclésiastique, publiées l'an 1032. Il y est dit, *cap.* 7 : *Ne christianâ fide tinctus, intrà sextum suæ cognationis gradum nuptias contrahat.*

Il paroît par les décrétales d'Alexandre II, que nous avons rapportées *suprà, n.* 130, que dans ce siècle, c'étoit un principe universellement reçu, que la défense des mariages entre parents devoit s'étendre jusqu'au septième degré, ou du moins jusqu'au sixième. Ceux qui la bornoient au sixième, se fondoient sur ce que le monde et la vie des hommes sont divisés en six âges; d'où ils concluoient qu'on devoit compter six degrés seulement dans la parenté : *Sicut totius mundi sex ætates existunt, et humanæ vitæ todidem sex, ità et ex consanguinate sex tantummodò autumant computandas esse generationes.* Ce pape remarque que ceux qui bornoient la parenté au sixième degré, ne commençoient à la compter que depuis les enfans des frères, c'est-à-dire, les cousins germains, qu'ils plaçoient dans le premier degré; au moyen de quoi ils donnoient la même étendue à la parenté, que ceux qui l'étendoient au septième degré, en comptant les frères pour le premier degré. D'autres, en convenant que la défense des mariages entre parents devoit s'étendre au septième degré, soutenoient que

les degrés devoient se compter suivant l'ancienne manière de les compter du droit civil; ce qui bornoit la défense aux parents du trois au quatre, lesquels, suivant la manière de compter du droit civil, sont au septième degré. Cette opinion fut, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent, condamnée dans les conciles Romains tenus par Alexandre II, et fut appelée l'hérésie des incestueux.

146. Cette discipline, qui étendoit la défense des mariages entre parents, étoit sujette à de très-grands inconvéniens; elle donnoit lieu à de fréquentes demandes en cassation de mariage, sous prétexte de quelque parenté éloignée, que des personnes dégoûtées de leur mariage, découvroient ou supposoient.

Elle dura néanmoins jusqu'au treisième siècle. Innocent III, dans le concile général de Latran, tenu l'an 1215, l'abrogea, et borna la défense des mariages entre parents au quatrième degré : *Non debet*, dit ce pape, *reprehensibile judicari, si secundùm varietatem temporum, statuta quandoquè varientur humana, præsertim, cùm urgens necessitas aut evidens utilitas id exposcit.... prohibitio copulæ conjugalis quartum consanguinitatis et affinitatis gradum de cætero non excedat, quoniam in ulterioribus gradibus jam non potest absque gravi dispendio generaliter observari.* Il ajoute une autre raison, qui se sent fort du mauvais goût de ce siècle : *Quaternarius verò numerus*, dit-il, *benè congruit prohibitioni conjugii corporalis de quo dicit Apostolus, quòd vir non habet potestatem sui corporis, sed mulier; nec mulier habet potestatem sui corporis, sed vir, quia quatuor sunt humores in corpore, qui constant ex quatuor elementis.*

147. Le concile de Latran ayant fixé la défense des mariages entre parents jusqu'au quatrième degré inclusivement, on fit la question de savoir, si le mariage étoit permis entre parents, dont l'un seroit au quatrième, et l'autre au cinquième. Le pape Grégoire IX a décidé cette question pour l'affirmative, et il a établi pour règle, que dans la ligne de parenté collatérale inégale, le degré de parenté entre deux parents devoit être compté et fixé par le nombre des générations qu'il y avoit depuis leur souche commune, jusqu'à celui des deux parents qui en étoit le plus éloigné. Cette décision se trouve au chapitre dernier, *ext. de consang.*, où il est dit : *Vir qui à stipite quarto gradu, et mulier quæ ex*

*lio latere distat quinto, secundùm regulam approbatam quæ dicitur, quoto gradu remotior differt à stirpe, et à quolibet per aliam personam descendentium ex eodem ( distare inter se intelligitur ) licitè possunt matrimonialiter copulari.*

Il n'est pas douteux, suivant ce principe, que non-seulement un cousin au quatre, mais un cousin au trois, et même au deux, peut épouser sa cousine qui est au cinquième degré : *Potest quis ducere uxorem, proneptem consobrini sui.*

148. En est-il de même d'un oncle et d'une tante? Puis-je épouser une fille de la descendance de mon frère, quoiqu'elle soit au cinquième degré de notre souche commune? Puis-je épouser *abneptem fratris mei?* Covarruvias décide l'affirmative, et il est suivi par l'auteur des Conférences de Paris. J'aurois de la peine à souscrire à cette décision. Il y a une autre raison que la proximité du degré, qui empêche le mariage entre ces personnes : cette raison est que ces personnes, comme le dit Justinien ( *Inst. de nupt.* v, 5. ) *parentum loco habentur.* Un oncle tient lieu de père à ses nièces, petites-nièces, et à toute la postérité de ses frères; une tante tient lieu de mère à ses neveux, et à toute la postérité de ses frères et sœurs. C'est pourquoi, quoique Justinien permît le mariage entre parents dans le quatrième degré, suivant la manière de compter du droit civil, et qu'un grand-oncle et un grand'tante fussent dans le quatrième degré, et par conséquent dans le degré permis, il ne permettoit point néanmoins le mariage du grand-oncle avec sa petite-nièce, ni celui du petit-neveu avec sa grand'tante, *quia parentum loco habentur.* Par la même raison, le mariage ne doit pas être permis entre un oncle et son arrière-nièce, en quelque degré éloigné que soit sa nièce.

149. La décision du concile de Latran, qui a fixé au quatrième degré inclusivement la défense de mariage entre parents, a toujours été depuis observée, et l'est encore aujourd'hui dans toute l'église latine, aussi-bien que la décision de Grégoire IX, ci-dessus rapportée, pour régler le degré de parenté entre cousins dans la ligne inégale.

Il nous reste à observer que pour que la parenté forme un empêchement dirimant de mariage, il n'importe qu'elle soit une parenté légitime, ou qu'elle procède d'unions illégitimes; car ce n'est que la proximité du sang qui est à cet égard considérée : *Nihil interest ex justis nuptiis cognatio*

*descendat, an verò non; nam et vulgò quæsitam sororem quis vetatur uxorem ducere;* l. 24, ff. *de rit. nupt.*

## ARTICLE II.

### De l'empêchement qui résulte de l'affinité.

Nous expliquerons dans un premier paragraphe, ce que c'est que l'affinité proprement dite. Nous verrons dans un second, dans quelles lignes et dans quels degrés l'affinité forme un empêchement de mariage, et quels ont été les différents changements de discipline à cet égard. Nous expliquerons dans un troisième, quels étoient les genres d'affinités qui ont été abrogés par le concile de Latran. Nous traiterons dans un quatrième, de l'espèce d'affinité qui naît d'une union illicite.

### §. I. Ce que c'est qu'affinité.

150. L'affinité proprement dite, est le rapport qu'il y a entre l'un des conjoints par mariage, et les parents de l'autre conjoint : *Necessitudo inter unum è conjugibus et alterius conjugis cognatos.*

Selon cette définition, tous les parents du mari sont les affins de sa femme, et tous les parents de la femme sont les affins du mari. Pareillement j'ai pour affins les maris de mes parentes, et les femmes de mes parents.

*Affines sunt* (dit le Jurisconsulte Modestinus) *viri et uxoris cognati, dicti ab eo quòd duæ cognationes quæ diversæ inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit;* l. 4, §. 3, ff., *de grad. et affin.*

151. Quoiqu'il n'y ait pas proprement de lignes ni de degrés dans l'affinité, les affins ne descendant pas d'une même souche, *gradus affinitatis nulli sunt;* d. l. 4, §. 5, néanmoins, dans un sens moins propre, on y distingue aussi des lignes et des degrés.

L'affinité de l'un des conjoints par mariage, avec les parents de l'autre conjoint, est censée être dans la même ligne et au même degré qu'est leur parenté avec l'autre conjoint.

152. Le droit civil fait résulter du mariage l'affinité : *Conjungendæ affinitatis causa fit ex nuptiis;* d. l. 4, §. 3. Il ne distingue pas s'il a été consommé ou non.

Le droit canonique l'a fait résulter de la consommation du mariage par le commerce charnel. La raison est prise de la loi du Lévitique, qui défend le mariage avec la femme de notre parent, parce qu'elle est devenue une même chair avec lui : *Turpitudinem uxoris fratris tui non revelabis, quia turpitudo fratris tui est.*

De là il suit que lorsqu'un mariage a été dissous avant la consommation, il n'y a pas proprement d'affinité entre l'un des conjoints et les parents de l'autre, mais il y a une autre espèce de relation entre ces personnes, qui, par une raison d'honnêteté publique, forment entre elles un empêchement de mariage, tel que celui de l'affinité, comme nous le verrons *infrà, art.* 5.

### §. II. Quelles affinités forment un empêchement dirimant de mariage. Changement de discipline à cet égard.

153. L'affinité dans la ligne directe, en quelque degré qu'elle soit, est un empêchement dirimant de mariage par le droit naturel. La loi du Lévitique punit de mort le mariage ou commerce charnel entre des personnes qui se touchent d'affinité dans cette ligne : *Qui dormierit cum novercâ suâ, et revelaverit ignominiam patris sui, morte moriatur*; Lévit. 20, v, 11. *Si quis dormierit cum nuru suâ, uterque moriatur*; v, 12.

154. L'affinité de la ligne collatérale étoit aussi, par la loi du Lévitique, à l'égard de certaines personnes, un empêchement de mariage. Cette loi defendoit d'épouser la femme de son frère : *Qui duxerit uxorem fratris, rem facit illicitam* (1); Lévit. 20, 21; et au chapitre 18; v, 16 : *Turpitudinem uxoris fratris tui non revelabis, quia turpitudo fratris tui est.* C'étoit le crime dont saint Jean-Baptiste reprit Hérode qui avoit épousé Hérodiade, veuve de son frère. S. Jean disoit à Hérode : *Non licet tibi habere eam*; Matth. XIV, v. 4.

La loi du Lévitique défendoit aussi le commerce charnel avec la femme de son oncle : *Qui coierit cum uxore patrui vel avunculi sui, et revelaverit ignominiam cognationis suæ, portabunt ambo iniquitatem suam*; v. 20.

La même défense se trouve au chapitre 18, v. 19, où il

---

(1) Sauf dans le cas auquel elle n'auroit laissé aucuns enfants; auquel cas le frère du défunt, non-seulement pouvoit, mais devoit l'épouser, *ad suscitandum semen fratri suo.* Deutéron. XXV, 5.

est dit : *Turpitudinem patri tui non revelabis, nec accedes ad uxorem ejus quæ tibi affinitate conjungitur.* Jansénius, sur ce texte, observe très-bien que ce qui est dit, *nec accedes, etc.* est l'explication de ce qui précède, *turpitudinem patrui tui non revelabis*, et que c'est la femme de l'oncle, qui est en cet endroit appelée *turpitudo patrui; quia facta est una caro cum patruo.*

155. Par les lois romaines, l'affinité dans la ligne directe a, en tous les degrés, toujours été un empêchement dirimant de mariage; l. 14, ff. *de rit. nupt.*

Le mariage n'étoit point défendu par les lois romaines, entre les personnes qui ne se touchoient d'affinité que dans la ligne collatérale, jusqu'à la loi de l'empereur Constance, qui défendit, comme incestueux, le mariage avec la veuve de son frère, ou avec la sœur de sa défunte femme; l. 2, *cod. th. de incest. nupt.*

Cette loi fut renouvelée par Valentinien et Théodose : *Fratris uxorem ducendi, vel duabus sororibus conjungendi, penitùs licentiam summovemus, nec dissoluto quocumque modo conjugio;* l. 5, *cod. de incest. nupt.*

Honorius contrevint à loi de son père, en épousant successivement lez deux filles de Stilicon.

156. Nous ne trouvons, ni dans le code Théodosien, ni dans le code de Justinien, aucune loi qui ait défendu le mariage dans d'autres degrés d'affinité de la ligne collatérale.

L'auteur des Conférences de Paris, qui a cru trouver dans la loi 4, *cod. Theod. de incest. nupt.* une défense de mariage entre une veuve et le cousin germain de son mari, n'a pas entendu cette loi; il y est dit : *Tanquam incestum commiserit habeatur, qui post prioris conjugis amissionem, sororem ejus in matrimonium proprium crediderit sortiendam : pari ac simili ratione, si quæ post interitum mariti in* GERMANI *ejus nuptias crediderit aspirandum.*

Cet auteur a cru que ces termes, *germani ejus*, signifioient son cousin germain : c'est une bévue grossière. Le terme *germanus* signifie en latin un frère, et non un cousin germain, qui s'appelle *consobrinus;* les termes de la loi, *pari ac simili ratione*, devoient lui faire faire attention à cette signification.

157. Avant que les empereurs eussent défendu le mariage entre un homme et la sœur de sa défunte femme, et celui

d'une femme avec le frère de son défunt mari, l'église tenoit ces mariages pour incestueux, comme contraires à la loi du Lévitique.

C'est ce qui paroit par le second canon du concile de Néocésarée, tenu sous Constantin, l'an 314, qui porte : *Mulier si duobus fratribus nupserit, abjiciatur usque ad mortem : verumtamen in exitu, propter misericordiam, si promiserit quòd facta incolumis, hujus conjunctionis vincla dissolvat, fructum pœnitentiæ consequatur.*

Par la même raison, quoique les empereurs n'eussent pas fait la loi pour defendre le mariage d'un neveu avec la veuve de son oncle, ce mariage étant pareillement défendu par la loi du Lévitique, l'église le regardoit comme incestueux.

Le concile *Epaunense*, tenu l'an 517, sous S. Sigismond, roi des Bourguignons, rapporte au canon 20, entre les différentes unions incestueuses, celle du neveu avec la veuve de son oncle : *Si quis relictæ avunculi misceatur aut patrui.*

Le concile de Clermont, *Arvernense*, tenu l'an 535, *can.* 12; le troisième concile d'Orléans, tenu l'an 538, *can.* 10, portent la même chose.

Le concile d'Auxerre, tenu l'an 578, *can.* 32, dit aussi : *Non licet ut nepos, avunculi uxorem accipiat.*

158. Depuis, la discipline s'est établie que le mariage entre affins devoit être défendu dans tous les mêmes degrés dans lesquels il est défendu entre parents : la raison, dit-on, pour laquelle le mariage est défendu entre parents, c'est parce qu'il est dit dans la loi du Lévitique : *Omnis homo ad propinquam sanguinis sui non accedet, ut non revelet turpitudinem ejus.* Or, dit-on, la raison milite à l'égard des affins; car la femme de mon cousin étant devenue par le mariage *una eademque caro* avec mon cousin, le mariage que je contracte avec elle après la mort de mon cousin, est incestueux, parce que par ce mariage, *revelatur turpitudo cognationis meæ.*

Pareillement, un mari devenant par le mariage *una eademque caro* avec sa femme, le mariage qu'une cousine de sa femme contracte avec lui, est incestueux, parce que par ce mariage, cette femme *revelat turpitudinem cognationis suæ.*

Il n'est pas bien certain quand cette discipline a commencé; le soixante et unième canon du concile d'Agde n'est pas suffisant pour établir qu'elle avoit déjà lieu dans le commencement du sixième siècle, puisque, comme nous

l'avons déjà observé *suprà, n.* 238, ce canon est suspect, et ne se trouve pas dans les anciens manuscrits de ce concile.

On ne peut pas non plus prouver par les canons des conciles tenus dans le cours du sixième siècle, et que nous avons rapportés, que cette discipline fût déjà établie dans ce siècle : ces canons déclarent incestueux le mariage du neveu avec la veuve de son oncle, celui d'un cousin avec sa cousine germaine, ou même au troisième degré; mais ils ne s'expliquent pas sur le mariage d'un cousin avec la veuve de son cousin. Dira-t-on qu'ils comprennent sous le terme *consobrinam, sobrinamve,* tant celles qui sont cousines par affinité, que celles qui le sont par parenté? Mais il n'y a rien qui établisse cela.

Cette discipline étoit-elle déjà établie au septième siècle? Le concile de Paris, tenu l'an 615, avoit-il déjà défendu le mariage d'un cousin avec la veuve de son cousin? La décision de la question dépend de l'interprétation qu'on doit donner au canon quatorzième de ce concile : il y est dit : *Incestas conjunctiones ab omni Christianorum populo censuimus resecari; itâ ut si quis relictam fratris, sororem uxoris, consobrinam sobrinamve, vel* RELICTAM *item patrui, vel avunculi, vel in religionis habitu deditam, conjugii consortio crediderit violandam, tandiù à communionis gratiâ segregetur, quandiù ab illicitis conjunctionibus sequestratione manifestandâ debeat abstinere.*

L'équivoque qui se trouve dans ce canon, tombe sur ces mots, *vel relictam,* qui se trouvent après *consobrinam sobrinamve.* Dans le canon, tel que le rapporte le père Labbe, *tome* 5, *page* 1652, on lit sans virgule, *vel relictam item patrui vel avunculi.* Suivant cette leçon, ces termes, *vel relictam,* se rapportent à *patrui vel avunculi;* mais à quoi vient le mot *item?* Au contraire, si on met une virgule après ces mots, *vel relictam,* ils se rapportent aux mots qui précèdent; *consobrinam sobrinamve,* et le sens sera : *Si quis consobrinam sobrinamve vel relictam,* supple consobrini sobrinive, *item patrui vel avunculi,* supple relictam.

Suivant cette seconde leçon, qui me paroît la plus naturelle, le concile auroit déclaré incestueux le mariage avec la veuve d'un cousin germain ou issu de germain; et par conséquent le système qui défend le mariage entre affins dans tous les mêmes degrés dans lesquels il est défendu entre parents, paroîtroit déjà avoir été reçu au temps de ce con-

cile. Au contraire, suivant la première leçon, le concile n'auroit déclaré incestueux que le mariage du neveu avec la veuve de l'oncle ; il n'auroit pas parlé de celui avec la veuve d'un cousin ; et la décision n'auroit eu rien de différent de celle des conciles du siècle précédent.

159. Le huitième siècle nous fournit des monuments non équivoques de la défense du mariage entre affins dans tous les mêmes degrés dans lesquels il est défendu entre parents. Grégoire II, dans un canon du concile Romain, tenu l'an 721, que nous avons rapporté *suprà, n.* 142, défend, d'une manière illimitée, le mariage entre affins, de même qu'entre parents : *Si quis de propriâ cognatione* VEL QUAM COGNATUS HABUIT, *duxerit uxorem, anathema sit.*

Nous trouvons un autre monument de cette discipline dans le concile de Compiègne, tenu sous le roi Pepin, l'an 757, *in generali populi conventu.* Ce concile ordonne, par le premier canon que nous avons rapporté *suprà, n.* 42, de séparer les parents qui sont mariés, lorsqu'ils sont au troisième degré, et lorsque l'un est au troisième et l'autre au quatrième : il ordonne ensuite la même chose par le second canon, à l'égard des affins dans les mêmes degrés : *Si duo in tertio loco sibi pertinent, sive vir, sive fœmina, aut unus in tertio, alter in quarto, uno mortuo, non licet accipere uxorem ejus, et si inventi fuerint, separentur* : *una lex est de viris et de fœminis.*

Le capitulaire de Charlemagne, que nous avons rapporté *suprà, n.* 142, doit s'entendre conformément à la décision de ce concile : en conséquence les termes de ce canon, *aut ulterius gradûs consobrinam,* doivent s'entendre en ce sens, *quomodocumque sit consobrina, sive per proprium propinquitatem, sive per affinitatem.*

160. Depuis ce temps, les mariages entre affins ont toujours été défendus dans tous les mêmes degrés dans lesquels ceux entre parents l'étoient, et permis dans les mêmes degrés dans lesquels l'étoient ceux entre parents.

C'est pourquoi, lorsque la défense des mariages entre parents fut étendue au sixième et au septième degré, celle des mariages entre affins fut étendue aux mêmes degrés : les lois ecclésiastiques de Canut, roi d'Angleterre, s'en expliquent bien formellement : il est dit, *cap.* 7 : *Ne quis fide christianâ cinctus intrâ sextum suæ cognationis gradum nuptias*

*contrahat, neve cui cum eo fuerat intrà sextum gradum necessitudo viduam in matrimonium ducat, neque ei quam antè habuerat uxorem aliquam consanguinitate propinquam in matrimonium ducat.*

Le concile de Latran ayant borné au quatrième degré la défense des mariages pour cause de parenté, l'a bornée au même degré pour cause d'affinité. C'est la discipline qui est aujourd'hui observée dans l'église.

§. III. Des genres d'affinité abrogés par le concile de Latran.

161. Les Canonistes, avant le troisième concile de Latran, distinguoient trois différents genres d'affinité. Le premier étoit l'affinité qui est entre l'un des conjoints par mariage, et les parents de l'autre conjoint; laquelle affinité est l'affinité proprement dite, *necessitudo inter unum è conjugibus, et alterius conjugis cognatos*, la seule qui fût connue par les lois romaines et dans les premiers siècles de l'église, et dont nous avons parlé jusqu'à présent.

Le second genre d'affinité étoit l'affinité que les Canonistes avoient imaginée entre l'un des conjoints par mariage, et les affins de l'autre conjoint.

Le troisième genre étoit celui qu'ils avoient imaginé entre l'un des conjoints par mariage, et les affins du second genre de l'autre conjoint.

Ceci se comprendra mieux par l'exemple qu'en donne la glose sur le chapitre 8, *de consanguinitate*. La femme de mon frère tient, par affinité, lieu de sœur aux autres frères et sœurs de mon frère, et à moi : cette affinité est l'affinité du premier genre, l'affinité proprement dite, *necessitudo inter unum è conjugibus, et alterius conjugis cognatos.*

Si cette belle-sœur, après la mort de mon frère, vient à se remarier, il se contracte une affinité entre son second mari et moi, et mes frères et sœurs, par laquelle il nous tient lieu de beau-frère. Cette affinité n'est pas l'affinité du premier genre; car nous ne sommes pas les parents de sa femme; mais nous sommes les affins de sa femme, nous sommes les beaux-frères et les belles-sœurs de sa femme.

Si ensuite, après la mort de notre belle-sœur, ce second mari de notre belle-sœur vient à se remarier, il se contractera un troisième genre d'affinité, par laquelle sa seconde

femme nous tiendra lieu de belle-sœur, parce que nous sommes affins du second genre d'affinité avec son mari.

Ces affinités du second et du troisième genre formoient, avant le concile de Latran, un empêchement dirimant de mariage, de même et dans les mêmes degrés que l'affinité du premier genre. Le concile de Latran a abrogé la défense des mariages pour cause de ces deuxième et troisième genres d'affinité. Voyez néanmoins en l'article 5, *infrà*, ce qui est dit de l'affinité du second genre dans la ligne directe.

### §. IV De l'espèce d'affinité qui naît d'une union illicite.

162. Lorsque deux personnes ont commis ensemble une fornication, il naît de cette union illicite une espèce d'affinité entre l'une de ces personnes et les parents de l'autre.

Elle est fondée sur une raison semblable à celle sur laquelle est fondée l'affinité proprement dite, qui naît d'un mariage consommé : ces personnes, par le commerce charnel, quoiqu'illicite, qu'elles ont ensemble, deviennent *una caro*. S. Paul le dit expressément en sa première épître aux Corinthiens, *ch.* 6, *v.* 16 : *An nescitis quoniam qui adhæret meretrici, unum corpus efficitur, erunt quoque duo in carne unâ?*

Cette espèce d'affinité forme entre les personnes entre lesquelles elle a été contractée, un empêchement dirimant du mariage qu'elles contracteroient ensuite.

Le concile de Trente a restreint cet empêchement au premier et au second degré de cette affinité; et en cela elle est différente de l'affinité proprement dite qui naît du mariage consommé, laquelle forme un empêchement de mariage jusqu'au quatrième degré inclusivement, comme nous l'avons vu ci-dessus.

Comme nous nous sommes conformés sur ce point à la discipline établie par le concile de Trente, nous rapporterons les termes du décret de ce concile qui l'établit. Au chap. 4 de la session 24, il est dit : *Sancta Synodus gravissimis de causis adducta, impedimentum quod propter affinitatem ex fornicatione contractam inducitur, et matrimonium posteà factum dirimit, ad eos tantùm qui in primo et secundo gradu conjunguntur, restringit; in ulterioribus statuit affinitatem, matrimonium posteà contractum, non dirimere.*

On fait plusieurs questions sur cette espèce d'affinité : 1° si elle étoit connue dans le droit romain, et si elle y fai-

soit un empêchement de mariage; 2° si elle formoit un empêchement de mariage dans les premiers siècles de l'église; 3° dans quels degrés cette affinité étoit un empêchement de mariage avant le concile de Trente; 4° si le concile de Trente, en restreignant l'empêchement dirimant au premier et second degré de cette affinité, a permis le mariage dans les degrés suivans; 5° si cette affinité n'est un empêchement dirimant que lorsque le commerce criminel qui l'a formée, a été connu dans le public, et quelle preuve doit être reçue de ce commerce; 6° quel effet a l'affinité formée par un commerce illicite que l'un des conjoints a eu pendant son mariage avec le parent ou la parente de l'autre, par rapport au mariage durant lequel elle a éte contractée.

### PREMIÈRE QUESTION.

Si l'espèce d'affinité qui naît d'une union illicite, étoit connue dans le droit romain, et si elle formoit par ce droit un empêchement dé mariage.

163. Le mariage d'une femme avec le père ou le fils de celui avec qui elle a eu auparavant un commerce charnel illicite, est trop contraire à l'honnêteté naturelle qui doit régner dans les mariages, pour qu'on puisse douter que les Romains, qui en étoient si religieux observateurs, n'aient condamné de tels mariages. Nous ne trouvons néanmoins dans leurs lois aucun texte formel qui les condamne; mais on peut tirer un argument de la loi 4, *Cod. de nupt* où il est dit : *Liberi concubinas parentum suorum uxores ducere non possunt.* Cette loi n'est pas à la vérité dans l'espèce précise de la question; car l'union qu'un homme avoit avec une femme que les Romains appeloient *concubine*, n'étoient pas une union illicite; elle étoit expressément permise par les lois; *Concubinatus per leges nomen assumpsit :* elle étoit un vrai mariage, *individuam vitæ consuetudinem continens;* sauf que ce mariage, qui n'étoit pas un mariage civil, ne donnoit pas à la femme le titre de *justa uxor*, ni aux enfans les droits de famille, comme nous l'avons vu *suprà, n. 7.* Mais quoique cette loi ne soit pas précise pour notre espèce, voici l'argument qu'on en peut tirer. La défense qui est faite par cette loi, du mariage entre les enfants et la concubine de leur défunt père, n'est pas faite pour *cause d'affinité;* car, comme nous l'avons vu ci-dessus, il n'y avoit que le mariage

civil qui produisît l'affinité entre l'un des époux et les parents de l'autre, *affinitatis causa fit ex nuptiis;* l. 4, ff. *de grad. et affin.* L'union qu'il y avoit eu entre cet homme et la femme qu'il avoit à titre de concubine, quoique permise par les lois, n'étant pas un mariage civil, *justæ nuptiæ,* et n'ayant pu par conséquent produire d'affinité entre cette femme et les enfants que cet homme avoit eus d'un précédent mariage, la défense du mariage ne peut avoir d'autre cause que la raison d'honnêteté qui résulte du commerce charnel qu'il y avoit eu entre le père de ces enfants et cette femme. Donc, suivant cette loi, le commerce charnel qui intervient entre un homme et une femme, est seul suffisant par lui-même pour produire un empêchement de mariage entre l'une des parties et les enfants de l'autre; et s'il produit cet empêchement, en tant qu'il est commerce charnel, il n'importe qu'il ait été licite ou illicite.

## QUESTION II.

Si dans les premiers siècles de l'église, l'espèce d'affinité qui naît d'une union illicite, formoit un empêchement de mariage.

164. On a coutume de tirer argument pour cela du dernier canon du concile d'Ancire, tenu l'an 304, où il est dit : *Sponsam quidem habens, sororem ejus violavit, et gravidam reddidit, postmodùm desponsatam sibi duxit uxorem, illa verò quæ corrupta est laqueo se peremit : hi qui fuerunt conscii, post decennem satisfactionem jussi sunt suscipi, secundùm gradus pænitentiæ constitutos.* Le mariage que l'homme dont il est parlé dans ce canon, avoit contracté avec sa fiancée, après avoir violé la sœur de sa fiancée, est rapporté parmi les crimes pour lesquels la pénitence de dix ans avoit été imposée à tous ceux qui y avoient eu part; et ce mariage ne pouvoit être regardé comme criminel, que par rapport à l'espèce d'affinité que le commerce illicite qu'il avoit eu auparavant avec la sœur de sa fiancée, lui avoit fait contracter avec sa fiancée : donc, au temps du concile, le commerce charnel illicite que deux personnes avoient ensemble, formoit entre l'une de ces personnes et les père, mère, frères et sœurs de l'autre, une espèce d'affinité et un empêchement de mariage.

QUESTION III.

Si avant le concile de Trente, l'espèce d'affinité qui naît d'un commerce charnel illicite, formoit un empêchement de mariage dans tous les mêmes degrés que l'affinité proprement dite qui naît du mariage consommé.

165. Le concile de Trente, en déclarant qu'il restreint cette espèce d'affinité au premier et second degré, *Sancta Synodus impedimentum quod propter affinitatem ex fornicatione contractam induitur.... ad eos tantùm qui in priori et secundo gradu conjunguntur*, RESTRINGIT, fait assez clairement entendre que cette espèce d'affinité formoit auparavant un empêchement dans les degrés ultérieurs, c'est-à-dire, dans les mêmes degrés que l'affinité proprement dite, d'autant plus que le concile de Latran n'avoit établi aucune distinction entre l'affinité légitime et cette espèce d'affinité.

La décrétale d'Alexandre III, qui est au ch. 2; tit. *De eo qui cogn. consang. uxoris*, de la première collection; et celle d'Urbain III, qui est au chap. dernier *de divort.* de la même collection, n'établissent pas le contraire. Ces papes décident seulement que cette espèce d'affinité, lorsqu'elle passe le second degré, ne rompt pas le mariage durant lequel elle est contractée, et n'en interdit pas l'usage; mais ils ne disent pas que cette espèce d'affinité dans ces degrés, ne forme pas un empêchement à un mariage que les personnes qui l'ont contractée voudroient depuis contracter ensemble.

On doit faire la même réponse à ce que dit le pape Innocent III, à la fin du chap. 6, *Ext. de eo qui cogn. consang. uxor.*, que quelques-uns de ses prédécesseurs avoient distingué entre les degrés proches et les degrés éloignés; car ce chapitre étant dans l'espèce d'une affinité qu'une femme avoit contractée avec son mari par un commerce illicite qu'elle avoit eu malgré elle durant son mariage avec un parent de son mari, la distinction que quelques prédécesseurs d'Innocent III avoient faite entre les degrés proches et les degrés éloignés, ne concernoit que l'effet que devoit avoir l'affinité qui naît du commerce illicite, par rapport au mariage durant lequel elle avoit été contractée, et non celui qu'elle a par rapport à un mariage que les personnes qui l'ont contractée voudroient depuis contracter ensemble.

Il y a plus. Lorsque l'affinité proprement dite qui naît du mariage consommé, formoit un empêchement de mariage jusqu'au septième degré, il y a lieu de croire que l'affinité qui naît d'un commerce illicite, en formoit pareillement un dans tous les mêmes degrés ; c'est ce qui paroît par le chapitre 26 de la neuvième partie du décret d'Yves de Chartres, où il est dit : *Progeniem suam unumquemque usque ad septimam observare decrevimus generationem ; et quandiu se agnoscant affinitate propinquos, nec eam quam aliquis ex propriâ consanguinitate conjugem habuit, vel aliquâ illicitâ pollutione maculavit, in conjugio ducere ulli christianorum licet.* Il est défendu à tout chrétien, par ce canon, d'épouser sa parente, ou celle qui a été la femme de quelqu'un de ses parents, ou avec qui quelqu'un de ses parents a eu un commerce illicite; et la défense est faite jusqu'au suptième degré. Quoique les savants aient reconnu que la prétendue lettre de S. Grégoire à Félix de Messine, d'où Yves de Chartres a tiré ce canon, soit une pièce supposée, et vraisemblablement fabriquée par Isidore Mercator, dans la collection duquel Yves de Chartres l'avoit trouvée, elle sert, toute fausse qu'elle est, à prouver qu'au temps d'Isidore Mercator, et au temps d'Yves de Chartres, c'étoit la discipline de l'église.

Ce canon se trouve aussi au décret de Gratien, partagé en deux, *caus.* 35, *q.* 2, *can.* 10, *et can.* 16.

### QUESTION IV.

Si depuis le concile de Trente, qui a restreint au premier et au second degré de l'affinité qui naît du commerce illicite, l'empêchement de mariage, on peut licitement contracter mariage dans le troisième et quatrième degré de cette affinité.

166. Quelques théologiens avoient trouvé de la difficulté sur cette question : ils pensoient qu'on pouvoit dire que le concile n'ayant pas permis expressément le mariage dans le troisième et quatrième degré de cette affinité, dans lesquels il étoit défendu auparavant, et ayant seulement dit qu'ils ne formeroient plus à l'avenir un empêchement dirimant, les mariages dans ces degrés continuoient d'être défendus, et n'étoient pas licitement contractés, quoiqu'ils le fussent valablement.

Pie V, consulté sur cette question, a décidé par sa Bulle

*ad Romanum Pontificem*, de 1566, qui se trouve dans le Bullaire, que le mariage pouvoit être licitement contracté dans ces degrés. Sa décision paroît conforme à l'esprit du concile de Trente.

Lorsque le concile de Latran a retranché trois degrés dans les empêchemnts de parenté et d'affinité, on n'a pas douté que la parenté ou l'affinité dans les degrés retranchés, n'ait cessé d'être un empêchement prohibitif aussi bien qu'un empêchement dirimant. Par la même raison, on ne doit pas douter que cette espèce d'affinité, qui naît d'un commerce illicite, ne doit former aucun empêchement, ni dirimant, ni simplement prohibitif, dans les degrés que le concile de Trente a retranchés.

On peut faire la même question à l'égard des degrés retranchés par ce concile dans les empêchements d'honnêteté publique de fiançailles et d'alliance spirituelle; et on la doit décider de même.

### QUESTION V.

Si l'affinité formée par un commerce charnel illicite entre une des personnes qui ont eu ce commerce, et les parents de l'autre, fait un empêchement dirimant de mariage dans les degrés prohibés, lorsque ce commerce a été tenu secret; et quelles preuves doit-on recevoir de ce commerce.

167. L'affinité qui naît du commerce illicite, n'est un empêchement dirimant de mariage, que lorsque ce commerce est connu et a éclaté dans le public. C'est pourquoi si après que j'ai eu un commerce charnel illicite avec une femme, qui a été tenu secret, la fille ou la sœur de cette femme contracte depuis de bonne foi mariage avec moi, je pèche grièvement en le contractant; mais ce mariage ne doit pas être annullé. C'est la décision du pape Alexandre III, au chap. 4 du titre *De eo qui cognovit consang.* de la première collection, dont voici les termes : *De eo qui mulierem quamdam cognovit, et filiam ejusdem sibi* POSTEA *in matrimonium copulavit, cui jam per decennium cohabitavit, tuæ prudentiæ respondemus, quòd si delictum ejus, sicut nobis significasti, occultum existit, pœnitentia sibi condigna debet imponi; nec est ab uxore quæ tanti sceleris inscia est, separandus, si autem id publicum et notorium esse dignoscitur, ab uxore separari debet, et perpetuò sine spe conjugii permanere.*

De là il suit que dans les demandes en cassation de mariage pour cause de cette espèce d'affinité qui naît d'un commerce illicite, les juges peuvent bien admettre la preuve de ce commerce, lorsqu'il a été public et connu, comme dans l'espèce de l'arrêt du 20 août 1664, qui cassa un mariage sur la preuve qui fut faite que le mari, avant ce mariage, avoit entretenu publiquement la fille de sa femme. Mais lorsque le commerce criminel a été secret, et n'a pas éclaté dans le public, les juges n'en doivent point permettre la preuve, ni encore moins permettre d'obtenir des monitoires pour en acquérir la connoissance.

Observez aussi que, pour prouver suffisamment qu'un homme a, avant son mariage, entretenu publiquement un commerce criminel avec une parente de sa femme, il ne suffit pas d'établir que c'étoit le bruit du quartier, si d'autres preuves ne concourent : *Rumor viciniæ* ( dit sur cette question le pape Alexandre III ), *non est momenti usque adeò validi judicandus, quòd nisi rationabiles et fide dignæ probationes accedant, possit bene constitutum matrimonium irritari*; cap. 4, *ext. de eo qui cognovit cons.*

### QUESTION VI.

Quel effet a l'affinité formée par un commerce charnel illicite, que l'un des conjoints a eu pendant son mariage avec la parente de l'autre, par rapport du mariage durant lequel elle a été contractée.

168. Le concile de Trente ne regarde l'espèce d'affinité qui naît d'un commerce illicite, comme un empêchement dirimant du mariage, qu'à l'égard seulement de celui que les parties qui l'ont contractée, voudroient contracter ensemble par la suite. C'est ce qui paroît par ces termes : *Sancta Synodus.... impedimentum quod propter affinitatem ex fornicatione contractam inducitur; et matrimonium posteà factum dirimit, etc.* Il n'est donc pas douteux que, suivant le concile de Trente, cette espèce d'affinité ne rompt pas le mariage durant lequel elle est contractée.

Dès avant le concile de Trente, le pape Innocent III avoit décidé que l'affinité contractée durant le mariage par un commerce criminel que l'un des conjoints avoit eu avec le parent ou la parente de l'autre conjoint, ne rompoit pas le mariage durant lequel elle étoit contractée; la partie inno-

cente, qui n'avoit point eu de part au commerce criminel qui a formé cette affinité, ne devant pas, sans son fait, être privée des droits que lui avoit donnés son mariage : et le pape ne veut pas qu'on distingue, comme avoient fait quelques-uns de ses prédécesseurs, si le commerce illicite avoit été public ou caché, ou si l'affinité étoit dans les degrés les plus proches ou dans des degrés plus éloignés. *Nec affinitas*, dit-il, *quæ post contractum legitimè matrimonium inter virum et uxorem iniquè contrahitur, ei debet officere quæ hujusmodi iniquitatis particeps non existit; quum jure suo non debeat sine culpâ suâ privari; quanquam à quodam prædecessore nostro dicatur in simili casu fuisse distinctum, utrùm incestus vel adulterium manifestum fuerit, an occultum, aliis asserentibus inter gradum proximum et remotum esse potiùs distinguendum; cap. 6, ext. de eo qui cogn. consang.*

169. Quoique l'affinité qui est formée par un commerce illicite qu'a eu l'un des conjoints avec le parent ou la parente de l'autre, ne rompe pas le mariage durant lequel elle est formée, on doit néanmoins exhorter les conjoints entre lesquels cette affinité est contractée, à vivre dans la continence, et à s'abstenir de l'usage du mariage : mais si la partie innocente déclare qu'il lui est trop difficile de garder la continence, on doit lui permettre d'exiger de l'autre partie le devoir conjugal. C'est ce que décide le pape Innocent III : *Tuæ fraternitatis devotio postulavit utrùm is qui cum sorore legitimæ conjugis fornicatus, cum uxore possit postmodùm commorari, et exigere debitum ac solvere requisitus? Respondemus quòd uxor à commixtione viri abstineat propter publicam honestatem, et in continentiâ maneat, donec vir viam universæ carnis ingressus fuerit, diligentius est monenda; quòd si fortè commonitioni parere recusans talis fuerit ut de lapsu timeatur ipsius, vir ejus poterit et debebit cum Dei timore debitum ei solvere conjugale, quum affinitas post matrimonium iniquè contracta, illi nocere non debeat quæ iniquitatis particeps non existit; cap.* 10, *ext. d. tit.*

Grégoire IX décide la même chose, *cap. fin. ext. d. tit.*

Observez que les papes, en décidant que la partie innocente peut, nonobstant l'affinité survenue, exiger le devoir conjugal, parce qu'elle ne peut sans son fait être privée de son droit, décident tacitement que le devoir conjugal peut bien être rendu; mais qu'il ne peut être exigé par le partie

coupable qui a fait contracter l'affinité par le commerce illicite qu'elle a eu avec le parent ou la parente de l'autre partie.

Observez aussi que ce qui est décidé par le pape Luce II ou III, au chapitre XVII, *de Spons. etc.* de la même collection, que l'homme qui a eu durant son mariage un commerce charnel avec la mère de sa femme, ne doit plus cohabiter avec elle, doit s'entendre en ce sens seulement, qu'il ne peut exiger de sa femme le devoir conjugal; qu'il doit même, autant qu'il est en lui, l'engager à ne pas l'exiger : mais le pape ne décide pas qu'il ne puisse, et même qu'il ne doive le rendre, si la femme l'exige absolument.

170. Le concile de Trente ayant depuis, en termes formels, restreint l'empêchement d'affinité formée par un commerce illicite, aux mariages que contracteroient par la suite les personnes qui ont contracté cette affinité, on peut dire qu'il a entièrement aboli cet empêchement, par rapport au mariage durant lequel le commerce charnel illicite seroit intervenu; et qu'en conséquence, tant la partie qui a eu le commerce, que la partie innocente, peuvent réciproquement exiger l'une de l'autre le devoir conjugal. C'est le sentiment de M. Gibert, en sa tradition sur le mariage, *tom.* 2, *p.* 392.

## ARTICLE III.

### De l'empêchement dirimant qui résulteroit de la parenté purement civile.

171. La parenté purement civile est celle qui étoit formée par l'adoption entre la personne adoptée et son père adoptif, et tous les parents du nom et de la famille de son père adoptif.

Cette parenté formoit le même empêchement que la parenté naturelle. Cet empêchement subsistoit dans la ligne directe, même après que la parenté civile avoit été dissoute par l'émancipation; mais dans la ligne collatérale l'empêchement qu'avoit formé la parenté civile, ne duroit que tant que cette parenté duroit. C'est pourquoi je n'aurois pas pu, à la vérité, épouser la fille de mon père adoptif, dont j'étois devenu par adoption le frère, tant que nous étions l'un et l'autre dans la famille; mais si elle ou moi en étions sortis par l'émancipation, la parenté civile étant en ce cas dissoute, je pouvois l'épouser; §. 1 *et* 2, *Instit. de nupt.*

172. Il n'y avoit qu'une adoption véritable et solennelle qui formât cette parenté civile, et l'empêchement de mariage qui en résulte. Si par affection j'avois élevé chez moi dès l'enfance une fille, de même que si elle eût été ma propre fille, elle n'étoit pas censée pour cela être ma fille adoptive, et il m'étoit permis de l'épouser.

C'est ce qui est décidé par Justinien, en la loi 26, *Cod. de nupt.* La chose avoit néanmoins souffert long-temps de la difficulté, comme nous l'apprenons des termes de cette loi : *Nos vetustam ambiguitatem decidentes, etc.* Les plus légères ressemblances aux qualités de père et de fille, qui se trouvent dans des personnes, paroissoient, à la délicatesse des Romains, devoir être des empêchements de mariage.

L'adoption n'étant plus depuis long-temps en usage parmi nous, il n'y a plus lieu à l'empêchement qui en résultoit.

## ARTICLE IV.

### De l'empêchement dirimant qui résulte de l'alliance spirituelle.

Nous verrons dans un premier paragraphe, quelles sont les trois espèces d'alliance spirituelle, dont les deux premières ont formé et forment encore aujourd'hui un empêchement dirimant de mariage, et dont la troisième en a long-temps formé un avant le concile de Trente. Nous verrons dans un second paragraphe, quelle a été dans les différents siècles, avant le concile de Trente, la discipline de l'église latine sur ces différentes espèces d'alliance spirituelle. Dans un troisième, quelle est celle du concile de Trente que nous suivons aujourd'hui. Enfin dans un quatrième paragraphe, nous rapporterons quelques espèces particulières à l'égard desquelles on avoit mis en question, si elles formoient un aillance spirituelle et un empêchement de mariage.

### §. I. Quelles sont les différentes espèces d'alliance spirituelle, et avec quelles personnes elles sont contractées.

173. La première espèce d'alliance spirituelle, est celle que le sacrement de baptême forme entre la personne baptisée, d'une part, et celle qui lui a conféré le baptême ; les parrains ou marraines qui l'ont tenue sur les fonts de baptême, lorsque le sacrement lui a été conféré, d'autre part.

Cette alliance spirituelle forme entre ces personnes un empêchement dirimant de mariage : c'est pourquoi une sage-femme ou une autre personne qui, dans un cas de nécessité, auroit baptisé un enfant, et pareillement un parrain ou une marraine, ne peuvent valablement contracter mariage avec la personne baptisée, à qui ils tiennent lieu de père ou de mère spirituels.

174. Pour que les parrains ou marraines contractent cette alliance spirituelle, et pour former l'empêchement dirimant de mariage qui en résulte, il n'importe qu'ils aient tenu par eux-mêmes la personne baptisée sur les fonts baptismaux, ou qu'ils l'aient tenue par procureurs ; car nous sommes censés faire nous-mêmes ce que nos procureurs font en notre nom : *Qui mandat, ipse fecisse videtur ;* l. 10, ff. *mand.*

Au contraire, les procureurs des parrains et marraines, qui ont, en leur qualité de procureurs, tenu sur les fonts la personne baptisée, ne contractent avec elle aucune alliance spirituelle : car ce ne sont pas ces procureurs qui sont les parrains et marraines, ce sont les personnes au nom desquelles ils ont tenu la personne baptisée, auxquelles ils n'ont fait que prêter leur ministère et leur bras.

Est-il nécessaire, pour que le parrain et la marraine contractent cette alliance spirituelle avec l'enfant baptisé, qu'ils aient la volonté de la contracter avec lui? L'auteur des conférences de Paris décide pour l'affirmative; et qu'en conséquence celui qui tient sur les fonts un enfant qui est d'un autre que celui dont il le croit l'enfant, ne contracte avec cet enfant aucune alliance spirituelle, parce que ce n'est pas avec lui qu'il vouloit la contracter. Cet auteur convient néanmoins que plusieurs canonistes sont d'un avis contraire. Je serois aussi de l'avis de ces derniers. C'est au baptême par lui-même que l'on donne l'effet de former cette alliance spirituelle, indépendamment du consentement des personnes entre lesquelles il la forme : l'enfant qui la contracte est incapable de consentement ; et on ne peut pas dire de la plupart des parrains et marraines, qu'ils ont eu la volonté de contracter cette alliance spirituelle, dont ils n'ont pas seulement la moindre idée, par défaut d'instruction.

175. La seconde espèce d'alliance spirituelle que forme le baptême, est celle que contracte la personne qui a con-

féré le sacrement, le parrain et la marraine, avec le père et la mère de la personne baptisée.

Cette espèce d'alliance spirituelle est celle à laquelle on donne le nom de COMPÉRAGE; elle forme pareillement entre ces personnes un empêchement dirimant de mariage. Le parrain, de même que celui qui a baptisé, ne peut valablement contracter mariage avec la mère de la personne baptisée, qui est leur commère, et dont ils sont les compères; et pareillement la marraine, de même que la femme qui a baptisé l'enfant, ne peuvent valablement contracter mariage avec le père de l'enfant, qui est leur compère, et dont elles sont les commères.

176. La troisième espèce d'alliance spirituelle que formoit autrefois le baptême, étoit celle que la personne baptisée contractoit avec les enfants de son parrain et de sa marraine, qui lui tenoient lieu de frères et de sœurs : elle a formé autrefois un empêchement de mariage entre ces personnes, qui a été abrogé par le concile de Trente.

177. On avoit aussi douté autrefois si le parrain et la marraine contractoient une alliance spirituelle qui les empêchât de contracter mariage ensemble : le concile de Trente a décidé qu'ils pouvoient valablement et licitement se marier ensemble.

178. Le sacrement de confirmation formoit les mêmes alliances spirituelles que le baptême, lorsqu'on se faisoit présenter à ce sacrement par des parrains et marraines. Il n'est plus d'usage aujourd'hui d'y faire intervenir des parrains et marraines.

§. II. Quelle a été la discipline de l'église dans les différents siècles sur l'empêchement dirimant de mariage que forme l'alliance spirituelle.

179. Nous n'avons pas, avant le sixième siècle, de témoignages authentiques qui fassent mention de l'alliance spirituelle : les canons attribués au concile de Nicée, les lettres décrétales des papes des premiers siècles, sont des pièces, ou supposées, ou pour le moins très-suspectes de supposition.

Le plus ancien témoignage que nous ayons, est du sixième siècle; il se trouve dans la loi 26, *cod. de nupt.* Justinien, après avoir décidé par cette loi, qu'un homme qui avoit élevé une fille chez lui dès l'enfance, comme sa propre fille,

pouvoit l'épouser, ( ce qui faisoit le principal objet de la question de la loi ), ajoute, bien entendu pourvu que ce ne soit pas sa filleule : *Eâ videlicet personâ omnimodo ad nuptias venire prohibendâ, quam aliquis sive alumna sit, sive non, a sacro baptismate suscepit, quum nihil aliud sic inducere potest paternam affectionem et justam nuptiarum prohibitionem, quàm hujusmodi nexus per quem, mediante Deo, animæ eorum copulatæ sunt.*

Il y a lieu de croire que le grand respect que les premiers chrétiens avoient pour leurs pères spirituels, les faisoient abstenir de ces mariages, sans qu'il y eût ni canon ni loi qui les défendît. Comme il ne paroît point qu'il y ait eu avant cette loi de Justinien, aucune loi des empereurs ni aucun canon de concile qui aient défendu formellement ces mariages, on peut attribuer à cette loi de Justinien l'établissement de cette espèce d'empêchement dirimant de mariage.

180. Dans le 7ᵉ siècle nous avons pour l'église grecque un monument de la seconde espèce d'alliance spirituelle, que les parrains et marraines contractent avec les pères et mères de leurs filleuls ou filleules, et de l'empêchement de mariage qu'elle forme entre ces personnes; c'est le cinquante-troisième canon du concile appelé *in Trullo*, ou *concilium Quini-Sextum*, sous l'empereur Justinien II, dans la salle du dôme du palais impérial, dans le déclin du septième siècle. Il y est dit : *Quoniam spiritalis affinitas corporum conjunctione major est, in nonnullis autem locis cognovimus quosdam qui ex sancto baptismate infantes suscipiunt, posteà quoque cum matribus illorum viduis matrimonium contrahere, statuimus ut in posterum nihil fiat ejusmodi : si qui autem post præsentem canonem, facere deprehensi fuerint, ii quidem primo ab illicito ejusmodi matrimonio desistant, deinde et fornicatorum pœnis subjiciantur.* Nous avons vu ailleurs que ce concile n'avoit pas été reçu dans l'église latine.

181. S'il en falloit croire Ciaconius, qui a écrit dans le seizième siècle les vies des papes, nous aurions aussi dans le septième siècle un monument de la troisième espèce d'alliance spirituelle que la personne baptisée contractoit avec les enfants de son parrain et de sa marraine : car cet auteur, dans la vie de *Deusdedit*, qui a commencé à occuper le siége de Rome en 624, dit que ce pape avoit fait un décret qui défendoit le mariage entre ces personnes; mais ce décret ne se trouve nulle part.

182. Le huitième siècle nous fournit plusieurs témoignages de la défense des mariages pour la seconde espèce d'affinité spirituelle.

Le premier concile romain, tenu sous le pape Grégoire II. en 721, canon 4, prononce anathème contre celui qui épousera sa commère spirituelle : *Si quis commatrem spiritalem duxerit in conjugium, anathema sit; et responderunt omnes tertio, anathema sit.*

Une femme est ma commère spirituelle, lorsqu'elle a été la marraine de quelqu'un de mes enfants, ou lorsque j'ai été le parrain de quelqu'un des siens.

Le concile romain, tenu sous le pape Zacharie, l'an 743, prononce le même anathème : c'est au canon cinquième, où il est dit : *Ut Presbyteram* (1), *Diaconam, Nonnam* (2), *aut Monacham, vel etiam spiritalem commatrem, nullus sibi præsumat nefario conjugio copulare; qui ejusmodi opus perpetraverit, sciat se anathematis vinculo esse obligatum, etc.*

La lettre décrétale du pape Zacharie, qui est adressée à Pepin, maire du palais, et aux évêques de France, et qui est la septième dans le 6e vol. des conciles du père Labbe, nous fournit aussi un témoignage de l'empêchement de mariage qui résulte de la première et de la seconde espèce d'alliance spirituelle; savoir : de celle qu'un parrain contracte avec sa filleule, et de celle qu'il contracte avec sa commère, c'est-à-dire, la mère de sa filleule. Il regarde sur-tout le mariage du parrain avec sa filleule, comme si horrible, qu'il n'en a pas été parlé ni dans aucune loi, ni dans aucun canon, parce qu'on ne pensoit pas qu'il pût arriver. Voici les termes de sa lettre, *art.* 22 : *Sed nec spiritualem, id est, commatrem aut filiam* ( quod absit ) *quis ducat temerario ausu uxorem, est namque nefas.... in tantum grave est, ut nullus sanctorum Patrum, neque sanctarum Synodorum assertione, vel etiam in imperialibus legibus quispiam judicatus sit.*

Zacharie ignoroit la loi de Justinien qui en parle : comme

---

(1) Selon une note du P. Syrmond, on appeloit *Presbytera* la femme d'un homme qui, d'un commun accord avec elle, s'étoit séparé d'elle pour être promu à la prêtrise, pendant qu'elle, de son côté, avoit fait vœu de continence. *Voyez* Ducange.

(2) C'étoit un nom d'honneur qu'on donnoit aux religieuses qui étoient les anciennes du monastère. *Ducange.*

on se servoit dans l'occident du code Théodosien, les lois de Justinien y étoient ignorées.

183. Nous trouvons encore dans ce siècle un monoment qui nous apprend que cette alliance spirituelle, et l'empêchement de mariage qui en résulte, se contractoit par le sacrement de confirmation, aussi bien que par celui du baptême.

C'est dans une réponse faite l'an 754, par le pape Etienne II, à des évêques de France qui l'avoient consulté sur plusieurs points, et qui est rapportée au sixième tome des conciles du père Labbe; il y est dit, *art 4 : Ut nullus habeat commatrem suam spiritalem, tam Fonte sacro, quàm de confirmatione, neque sibi clàm in neutrâ parte conjugio sociatam; quod si conjuncti fuerint, separentur.*

184. Les conciles tenus en France dans ce siècle, contiennent la même discipline sur l'empêchement de mariage qui résulte de la première et de la seconde espèce d'alliance spirituelle que forment les sacrements de baptême ou de confirmation. Le concile de Metz, tenu l'an 753, sous le roi Pepin, canon premier, met au nombre des unions incestueuses, l'union charnelle d'un homme avec sa commère spirituelle, ou avec sa marraine qui l'a présenté au baptême ou à la confirmation : *Si quis homo incestum commiserit, de Deo sacratâ, aut commatre suâ, aut cum matrinâ spiritali de Fonte aut confirmatione episcopi, etc.*

Le concile de Compiègne, *Compendiense*, tenu sous le même roi Pepin, *in generali populi conventu*, l'an 757, regarde l'alliance spirituelle qu'un homme contracte avec la mère de la personne dont il est le parrain, si considérable, qu'il décide que si un homme a présenté au sacrement de confirmation le fils ou la fille que sa femme avoit d'un précédent mariage, il ne peut plus cohabiter avec sa femme, qui est devenue sa commère spirituelle. C'est ce qui est porté au canon 12 : *Si quis filiastrum* (1) *aut filiastram ante episcopum ad confirmationem tenuerit, separetur ab uxore suâ, et alteram non accipiat.*

185. Les lois de Luitpran, roi des Lombards, qui sont

---

(1) *Filiaster*, *Filiastra*, dans la basse latinité, ont le même sens que *Privignus* et *Privigna*. Ducange.

aussi du VIIIe siècle, font pareillement, de la première et de la seconde espèce d'alliance spirituelle, des empêchements de mariage : *Præcipimus ut nullus præsumat suam commatrem ducere uxorem, sed nec filiam quam de sacro fonte levaverit.*

186. Cette discipline fut aussi observée en Angleterre : cela paroît par le recueil de canons fait par Egbert, archevêque de Cantorbéry, sur la fin du huitième siècle, dans lequel, *art.* 129, se trouve le canon du concile romain, tenu sous Grégoire II, que nous avons rapporté ci-dessus.

187. S. Boniface, archevêque de Mayence dans le huitième siècle, dans une de ses lettres à Nothelme, archevêque de Cantorbéry, dit qu'il a permis à un parrain d'épouser sa commère spirituelle, c'est-à-dire, la mère de son filleul; qu'il ne sait pas si en cela il a péché par ignorance, parce qu'il a appris que les Romains regardoient ces mariages comme un grand péché; qu'il le prie de l'informer s'il trouve quelque chose dans les anciens canons ou dans les livres saints, qui doive faire regarder ces mariages comme un péché; qu'il a de la peine à comprendre pourquoi l'alliance spirituelle seroit un empêchement de mariage, puisque l'alliance spirituelle que tous les enfants de l'église contractent par le baptême de Jésus-Christ, par laquelle ils sont tous frères et sœurs, ne les empêche pas de se marier ensemble : *Quod Romani*, dit-il, *peccatum censent, ità ut in talibus divortia facere præcipiant.* C'est pourquoi, ajoute-t-il, *si hoc in catholicorum patrum decretis vel canonibus, vel etiam in sacro eloquio, pro tam magno peccato computatum esse inveneritis, indicare mihi curetis, ut et ego intelligendo cognoscam cujus autoritas sit in illo judicio, quia nullatenùs intelligere possum quare spiritalis propinquitas in conjunctione carnali copulâ grande peccatum sit, quando omnes in sacro baptismate Christi, et ecclesiæ filii et filiæ, fratres et sorores esse comprobemur.*

Il écrit sur le même sujet à un autre évêque d'Angleterre (Pethelme). *De unâ quoque re*, dit-il, *vestrum consilium et responsum desideramus. Affirmant sacerdotes per totam Franciam et per Gallias, maximi criminis reum esse hominem qui in matrimonium acceperit illam viduam cujus antè filium in baptismo suscipiebat, quod peccati genus, si verum est, hactenùs ignorabam; et nec in antiquis canonibus, nec in decretis pontificum patres, nec in calculo peccatorum apostolos, usquam enumerasse cognovi.*

Ces deux lettres, aussi bien qu'une troisième écrite à l'abbé Dudon, où il dit encore quelque chose sur le même sujet, sont rapportées par Baronius, *tome* 9, sur l'année 734.

188. A l'égard de la troisième espèce d'alliance spirituelle qu'on prétend se contracter entre la personne baptisée et les enfants de ses parrain et marraine, c'est dans le huitième siècle qu'on a commencé à voir mettre en question si elle forme un empêchement de mariage.

Théodore, évêque de Pavie, consulta sur cette question le pape Zacharie, à l'occasion d'un mariage qu'un homme de son diocèse avoit contracté avec la filleule de son père : le pape lui répond : *Eum qui impiissimo sese miscuit matrimonio, studeas separare, et pœnitentiæ dignæ subjicere.* Cette réponse est dans la dix-huitième lettre de ce pape, dans le sixième tome du père Labbe.

Le roi Luitpran fit aussi de cette troisième espèce d'alliance spirituelle, un empêchement dirimant de mariage. Il est dit en la loi 5, ci-dessus citée : *Neque filius ejus præsumat filiam illius uxorem ducere, qui eum de fonte suscepit, quia spirituales germani esse noscuntur.*

189. Il paroît que dans le neuvième siècle, les successeurs de S. Boniface s'étoient conformés à la discipline des autres églises d'occident, sur l'empêchement de mariage qui résulte de la première et de la seconde espèce d'alliance spirituelle; car, par le cinquante-cinquième canon du concile de Mayence, tenu l'an 813, par ordre de Charlemagne, et où étoit Ricolphe, archevêque de Mayence, il est dit : *Nullus proprium filium vel filiam de fonte buptismatis* (1) *suscipiat; nec filiolam nec commatrem ducat uxorem, nec illam cujus filium aut filiam ad confirmationem duxerit; ubi autem fuerit, separentur.*

Ce canon est transcrit de mot à mot dans les capitulaires de Charlemagne et de Louis-le-Débonnaire, *lib.* 50 *art.* 167, et dans la troisième addition, *art.* 116. Le décret du concile romain, sous Grégoire II, qui défend le mariage d'un homme avec sa commère spirituelle, et que nous avons rapporté ci-dessus, se trouve aussi inséré au livre 7 desdits capitulaires, *art.* 179.

Le mariage avec sa commère spirituelle est traité au livre

---

(1) De peur de contracter avec sa femme l'alliance spirituelle de compérage.

6 desdits capitulaires, *art. 4*, de crime capital : *Sciendum est omnibus quòd conjunctio spiritalis commatris maximum peccatum sit, et divortio separandum, atque capitali sententiâ mulctandum vel peregrinatione perpetuâ delendum.*

190. Quoique cette alliance spirituelle fût regardée comme un empêchement dirimant de mariage, et qu'en conséquence il fut défendu à un homme d'être le parrain de l'enfant de sa femme, soit qu'il fût aussi le sien, soit qu'il fût d'un autre mariage, néanmoins s'il l'avoit fait par ignorance, leur mariage ne devoit pas être rompu. C'est la décision du pape Nicolas I, dans sa lettre à Rodulphe, archevêque de Bourges, *art.* 5 où il est dit : *De his qui... filios uxoris suæ de viro priori, dum chrismantur ab episcopo, super se substinent, si inscitiâ, sicut asseris fit, licèt sit peccatum, tamen non usque ad separationem conjugii puniendum; lugeant tamen, et dignâ pœnitentiâ hoc diluentes domino dicant: Delicta ignorantiæ meæ ne memineris.* Le pape finit cette lettre par ces termes : *Optamus sanctitatem tuam nunc et semper benè valere;* ce qui fait voir que le titre de *votre Sainteté* n'étoit pas alors réservé au pape.

Cette lettre est rapportée au huitième tome du père Labbe, *pages* 504 *et suiv.*

191. A plus forte raison, lorsque c'est dans un cas de nécessité qu'un homme a baptisé son enfant, l'alliance spirituelle qu'il a contractée avec sa femme, ne doit pas donner lieu à une séparation. C'est la décision du pape Jean VIII, (qui occupoit le siége vers le déclin du IXe siècle) dans sa lettre à Anselme, évêque de Limoges. Un homme, dans un cas de nécessité, avoit baptisé son enfant qui étoit à l'extrémité : comme il avoit contracté l'alliance spirituelle avec sa femme, l'évêque avoit jugé qu'il devoit être séparé. Cet homme étant venu à Rome exposer le fait, le pape écrit à l'évêque, qu'il a mal fait, *dicentescripturâ, quod Deus conjunxit, homo non separet;* que cet homme a bien fait de baptiser lui-même son enfant, ne pouvant lui faire conférer le sacrement par d'autres : *benè fecisse laudatur; et ideò cum suâ uxore quamdiù vixerint, judicamus manere conjunctum.* Cette lettre est la cent quatre-vingt-huitième des lettres de ce pape ; elle est au neuvième tome du père Labbe, *page* 122.

192. L'alliance spirituelle que l'un des conjoints par le mariage contracte durant le mariage avec l'autre, en présentant un de leurs enfants au baptême ou à la confirmation,

ne doit pas non plus rompre leur mariage, lorsque cela a été fait en fraude, pour avoir un prétexte de le rompre. C'est ce qu'a décidé le second concile de Châlons, assemblé par ordre de Charlemagne, l'an 813. Il est dit au trentième canon : *Dictum nobis est quasdam fœminas desidiosè, quasdam verò fraudulenter, ut à viris suis separentur, proprios filios coràm episcopis ad confirmandum tenuisse : undè nos dignum duximus, ut si qua mulier filium suum, desidiâ aut fraude aliquâ, coràm episcopo tenuerit ad confirmandum, propter fallaciam suam aut propter fraudem, quandiù vivet, agat pœnitentiam ; à viro tamen suo non separetur.*

193. A l'égard de la troisième espèce d'alliance spirituelle qu'un filleul ou une filleule étoit censé contracter avec les enfants de ses parrain et marraine, nous voyons que les papes du neuvième siècle continuèrent de la regarder comme un empêchement de mariage, ainsi que le pape Zacharie, dans le huitième siècle, l'avoit regardée.

C'est ce qui paroît par les décisions de Nicolas I. Ce pape, dans ses réponses *ad consulta Bulgarorum, art.* 2, enseigne que le mariage ne peut être permis entre un filleul ou une filleule et les enfants de son parrain, parce qu'ils se tiennent lieu de frères : *Inter vos*, dit-il, *non arbitramur esse quodlibet posse conjugale connubium, quandoquidem inter eos qui naturâ, et eos qui adoptione filii sunt, venerandæ Leges Romanæ matrimonium contrahi non permittunt..... Si ergò*, dit-il, *inter eos non contrahitur matrimonium quos adoptio jungit, quantò potiùs à carnali oportet inter se contubernio cessare, quos per cœleste Sacramentum regeneratio Sancti-Spiritûs vincit : longè congruentiùs filius patris mei vel frater appellatur is quem gratia divina, quàm quem humana voluntas, ut filius ejus et frater meus esset, elegit, etc.*

194. Dans le dixième siècle, Léon VII, qui monta sur le saint siége l'an 936, et l'occupa pendant trois ans, dans sa lettre *ad Gallos et Germanos*, par laquelle il leur répond sur plusieurs points de discipline, rapporte sur ce qui concerne l'alliance spirituelle, le décret de Zacharie dans le concile romain, que nous avons rapporté *suprà, n.* 182. Cette lettre est dans le neuvième tome du père Labbe, *pages* 596 *et suiv.*

Nous avons encore dans ce siècle plusieurs lettres d'Atton de Verceil, concernant l'alliance spirituelle et l'empêchement de mariage entre un filleul ou une filleule et les enfants de

son parrain. La plus remarquable est la cinquième, dans laquelle, pour prouver la nullité du mariage d'un nommé Théodore, qui avoit épousé la fille de son parrain, et à qui il ne vouloit pas permettre de cohabiter avec sa femme; entre plusieurs raisons, tant bonnes que mauvaises, il rapporte la loi du roi Luitpran, qui défend ces mariages, à laquelle cet homme, qui étoit Lombard, étoit sujet. Nous l'avons citée *suprà*, *n.* 185.

195. Dans le onzième siècle, nous avons les lois ecclésiastiques du roi Canut, qui régnoit en Angleterre vers le commencement de ce siècle. Le mariage avec sa commère spirituelle ou avec sa filleule, est défendu par l'article 14 de ces lois.

On ne trouve point dans le code des lois ecclésiastiques du roi Canut, de défense entre la personne baptisée et les enfants de ses parrains et marraines.

Dans le même siècle, parmi les lettres de Fulbert, évêque de Chartres, nous en trouvons une, qui est la trente-troisième, par laquelle Fulbert, consulté par son métropolitain sur la question, si on devoit séparer de sa femme un homme qui avoit présenté son fils à la confirmation, rapporte, pour servir à la décision de la question, les canons du concile de Mayence que nous avons ci-dessus rapportés, *n.* 189.

196. Nous ne rechercherons plus de témoignages dans les siècles suivants : les décrétales des papes, qui sont dans le corps du droit canonique, nous instruisent suffisamment de la discipline qui a été observée dans ces siècles jusqu'au concile de Trente, par rapport aux trois espèces d'alliance spirituelle dont nous avons traité, qui étoient réputées toutes les trois empêchement dirimant de mariage; *toto tit. ext. de cogn. spir.*

Nous observerons seulement, à l'égard de la seconde espèce d'alliance spirituelle que la personne qui a conféré le baptême, le parrain et la marraine contractent avec le père et la mère de la personne baptisée, que cette alliance qui les rend compères et commères spirituels, est bien un empêchement dirimant à l'égard du mariage que le compère contracteroit avec sa commère depuis qu'elle a été contractée; mais qu'elle ne rompt pas le mariage durant lequel elle est contractée, soit par ignorance, soit par malice.

C'est un point décidé par Alexandre III : *Si vir vel mulier,*

dit ce pape, *scienter vel ignoranter filium suum de sacro Fonte susceperit, an propter hoc separari debeant? Respondemus quòd quamvis generaliter sit institutum ut debeant separari, quidam tamen humaniùs sentientes, aliter statuerunt : ideò nobis videtur quòd sive ex ignorantiâ, sive malitiâ id fecerint, non sunt separandi, nec alter alteri debitum debet subtrahere, nisi ad continentiam servandam possint induci; quia si ignorantiâ factum est, eos ignorantia excusare videtur; si ex malitiâ, eis sua fraus non debet patrocinari vel dolus;* cap. 2, *ext. de cognat. spirit.*

197. Nous avons une décision d'Innocent III, touchant la troisième espèce d'alliance spirituelle. Ce pape fut consulté sur la question de savoir si cette alliance que le filleul contracte, étoit un empêchement de mariage seulement avec les enfants de son parrain, qui naissoient depuis l'alliance contractée, ou si elle en étoit pareillement un avec ceux nés auparavant. Le pape décide qu'elle l'est à l'égard des uns et des autres; *cap.* 7, *ext. d. tit.*

Il paroît que ce qui avoit donné lieu à ce doute, est le canon 5, *caus.* 30, *quæst.* 3, qui avoit été mal entendu.

§. III. Quelle est la discipline établie par le concile de Trente, sur les empêchements dirimants qui résultent de l'alliance spirituelle.

198. Le concile de Trente, *sess.* 24, *de Reformat. mat. cap.* 2, a restreint l'alliance spirituelle qui doit former un empêchement de mariage, à celle que celui qui a conféré le Sacrement, et les personnes qui ont servi de parrain ou de marraine, contractent avec la personne baptisée ou confirmée, et avec le père et la mère de cette personne, et a abrogé les empêchements de mariage qu'on avoit cru auparavant pouvoir résulter de toutes les autres espèces de l'alliance spirituelle.

Ce décret du concile se trouve à la *session* 24, *cap.* 2. Le concile y expose les raisons qu'il a eues de le porter : *Eo quòd,* dit-il, *doceret experientia propter multitudinem prohibitionum multoties in casibus prohibitis, ignoranter contrahi matrimonium, in quibus vel non sinè magno peccato perseveratur, vel ea non sinè magno scandalo dirimuntur.*

Pour remédier à cela, le concile ordonne, *ut unus tantùm sive vir, sive mulier, juxtà sacrorum Canonum instituta, vel ad summum unus et una baptizatum è Baptismo suscipiant, inter*

*quos ac baptizatum ipsum et illius patrem et matrem, nec non inter baptizantem et baptizatum baptizatique patrem ac matrem* TANTUM *spiritualis cognatio contrahatur.* Il ordonne par ce décret la même chose à l'égard du sacrement de confirmation.

Enfin, par une clause générale, il abroge toutes les autres espèces dempêchements de mariage qui résultoient autrefois, ou qu'on auroit pu croire pouvoir résulter d'une alliance spirituelle : *Omnibus*, dit le concile, *inter alias personas hujus cognationis spiritalis impedimentis omninò sublatis.*

Quoique nous n'ayons pas reçu en France le concile de Trente, les restrictions qu'il a apportées à l'empêchement de l'alliance spirituelle, sont trop raisonnables pour n'y être pas adoptées.

199. A l'égard des espèces d'alliances spirituelles auxquelles le concile n'a pas touché, qui sont celles des personnes qui ont conféré le sacrement, des parrains et marraines avec la personne baptisée, et celle de ces personnes avec les père et mère de la personne baptisée, elles ont toujours continué d'être parmi nous, comme dans le reste de l'église, un empêchement dirimant de mariage, quoique la dispense s'en accorde et se présume facilement. D'Héricourt, en ses lois ecclésiastiques, rapporte ces espèces d'alliances spirituelles parmi les empêchements dirimants de mariage qui ont lieu parmi nous. C'est mal-à-propos que l'auteur du Journal des audiences, *tome 5, liv. dern., chap. dern.*, avance que l'alliance des parrains et marraines avec les père et mère de la personne baptisée, a été établie par la cour de Rome *dans les derniers siècles, pour avoir occasion d'en donner des dispenses bursales.* Nous avons démontré au paragraphe précédent, par une foule de témoignages, que l'empêchement qui résulte de cette espèce d'alliance, avoit lieu dès le huitième siècle dans l'église, et notamment dans celle de France, et que nos rois en avoient fait une loi, qui se trouve dans le recueil des capitulaires de Charlemagne et de ses successeurs : il n'y a aucune preuve que cette ancienne discipline ait jamais été abrogée en France. On ne peut donc, sans ignorance, dire de cet empêchement, qu'il est une invention de la cour de Rome, *pour avoir occasion d'en donner des dispenses bursales*, puisqu'il est, de même que tous les autres empêchements de mariage qui sont aujourd'hui en usage, antérieur de plusieurs siècles à l'usage d'accorder, non-seulement des

dispenses bursales, mais même d'en accorder en tout; *Voyez l'époque des dispenses*, infrà, *chap. 4, art. 3.*

200. L'empêchement de mariage qui étoit formé autrefois entre le filleul ou la filleule et les enfants de leur parrain ou de leur marraine, dont nous avons parlé au paragraphe précédent, se trouve aboli par la clause du concile ci-dessus rapporté, aussi bien que plusieurs autres espèces d'alliances spirituelles qu'on avoit imaginé pouvoir faire des empêchements de mariage.

201. L'esprit du concile ayant été de restreindre les empêchements dirimants de mariage, et non de les augmenter, il ne peut être douteux qu'en conservant l'empêchement dirimant de mariage qui est formé par l'alliance spirituelle qu'un parrain ou une marraine contractent avec le père et la mère de leur filleul ou filleule, il l'a conservé tel qu'il avoit lieu auparavant, c'est-à-dire, seulement pour le mariage que ces personnes contracteroient depuis qu'elles ont contracté cette alliance : mais lorsque cette alliance spirituelle est contractée entre un homme et une femme, dont l'un des deux, durant leur mariage, a présenté au baptême leur enfant commun, ou celui que l'autre avoit d'un précédent mariage, cette alliance spirituelle qu'ils contractent ne rompt pas leur mariage durant lequel elle est contractée, suivant la décision d'Alexandre III, rapportée *suprà, n.* 196.

202. Le concile ordonne encore que le curé s'informera de ceux que cela regardera, quelles sont les personnes qui ont été choisies pour être parrain et marraine; qu'il les nommera dans l'acte qu'il dressera du baptême sur son regisíre, et qu'il n'y aura que les personnes nommées dans l'acte, qui contracteront l'alliance spirituelle : *Parochus...... ab iis ad quos spectabit sciscitetur quem vel quos elegerint ad baptizatum de sacro fonte suscipiendum, et eum vel eos ad suscipiendum tantùm admittat, et in libro eorum nomina describat..... quòd si alii, ultrà designatos, baptizatum tetigerint, cognationem spiritualem nullomodò contrahant;* d. sess. 24, cap. 2.

Il ne faut pas néanmoins conclure de là, qu'il soit précisément nécessaire, pour qu'un parrain ou une marraine contractent l'alliance spirituelle, qu'ils aient été choisis par le père ou la mère de l'enfant pour être parrain ou marraine. Lorsqu'à défaut de personnes qui se présentent pour parrain, ou sur le refus qu'auroit fait le curé (ce qu'il ne doit faire que pour de bonnes raisons) d'y admettre celui qui s'y est

présenté, une personne qui s'est trouvée par hasard dans l'église, a servi de parrain ou de marraine, et dont il a été fait mention par l'acte du baptême, cette personne est véritablement parrain ou marraine, et elle ne contracte pas moins l'alliance spirituelle avec l'enfant et le père et la mère de l'enfant, qu'un parrain ou une marraine qu'ils auroient choisis. C'est l'avis de Van-Espen, *p.* 2, *tit.* 12, *ch.* 6, *n.* 19. Il me paroît mieux fondé que celui de l'auteur des conférences de Paris, qui pense que le parrain et la marraine ne contractent l'alliance spirituelle que lorsqu'ils ont été priés de l'être par le père et la mère.

Le concile n'a ordonné que les curés s'informeroient quelles sont les personnes qui ont été choisies pour être le parrain et la marraine, qu'afin qu'ils connoissent quelles sont les personnes qui présentent l'enfant au baptême en qualité de parrain et de marraine, ces personnes étant les seules qui contractent l'alliance spirituelle, et qu'ils ne les confondent pas avec les autres personnes qui assistent au baptême, lesquelles ne contractent aucune alliance spirituelle, quand même elles aideroient le parrain et la marraine à soutenir l'enfant sur les fonts. C'est pourquoi le concile ajoute : *Si alii, ultrà designatos, baptizatum tetigerint, cognationem spiritalem nullomodò contrahant.*

203. Observez aussi que quoique le concile ait ordonné qu'on n'admettroit tout au plus, *ad summum*, qu'on homme et une femme pour être parrain et marraine, néanmoins si, contre la défense, le curé a admis plusieurs parrains et marraines, tous ces parrains et marraines contractent l'alliance spirituelle avec l'enfant et le père de l'enfant. C'est ce qui a été decidé à Rome par la congrégation, suivant que l'atteste Barbosa; et je crois qu'elle a bien décidé : car quoique le curé n'ait pas dû les admettre tous, il n'en est pas moins vrai qu'ils ont tous été parrains.

§. IV. De quelques espèces particulières à l'égard desquelles on avoit mis autrefois en question, si elles formoient une alliance spirituelle et un empêchement de mariage.

PREMIÈRE ESPÈCE.

Des parrains de catéchisme, et de ceux qui le sont lorsqu'on supplée les cérémonies du baptême.

204. Suivant la décrétale de Boniface VIII, *le parrain de Catéchisme*, c'est-à-dire, celui qui avoit présenté le Caté-

chumène à l'instruction qui précède le baptême, quoique ce ne fût pas lui qui l'eût depuis présenté au baptême, contractoit la même alliance qu'un parrain de baptême, laquelle l'empêchoit de pouvoir par la suite contracter mariage avec la personne avec qui il l'avoit contractée : *Per Catechismum*, dit ce pape, *qui præcedit baptisma..... cognatio spiritualis contrahitur, per quam contrahendum matrimonium impeditur, ut ex Clementis* III *decretali evidenter colligitur ;* cap. 3, de cogn. spir. in 6°.

Cette alliance spirituelle, et l'empêchement de mariage qui en resultoit, sont abolis par le concile de Trente, qui ne reconnoît pour parrain et marraine qui contractent l'alliance spirituelle, que ceux qui, en cette qualité, *tiennent sur les fonts* la personne qu'on baptise, *baptizatum è baptismo suscipiunt* TANTUM.

205. De là il suit pareillement que les personnes qui servent de parrain et de marraine, lorsqu'on supplée à quelqu'un les cérémonies de baptême, ne contractent aucune alliance spirituelle ; car le concile de Trente n'en reconnoît pas d'autre que celle qui est formée par le sacrement même.

Nous avons un statut synodal de notre diocèse d'Orléans, qui a bien pris à cet égard le sens du concile. Il y est dit : *Rectores doceant quòd non ex catechismo seu ex cæremoniis quæ baptismum vel præcedunt, vel sequuntur, sed ex baptismo ipso nascitur cognatio spiritualis ;* tit. de baptismo, §. 5.

206. De là il suit encore que si une personne qui a déjà été baptisée, l'étoit par erreur une seconde fois, soit qu'on eût exprimé, ou non, la condition *si baptisatus non est*, le parrain et la marraine de ce second baptême ne contracteroient aucune alliance spirituelle; car ce second baptême n'étant pas valable, n'a pu la former : *Quod nullum est, nullum producit effectum.*

Il ne faut pas néanmoins dire indistinctement, avec l'auteur des conférences de Paris, qu'un baptême conféré sous condition, ne forme pas d'alliance spirituelle : il faut, pour s'exprimer plus exactement, dire qu'étant incertain si ce baptême est valable, il est incertain s'il a formé une alliance spirituelle; qu'en conséquence, si ces personnes ont contracté mariage, leur mariage ne peut recevoir d'atteinte, parce qu'on ne peut justifier qu'il y ait entre elles une alliance spirituelle qui le rende nul : mais lorsqu'elles n'ont

pas encore contracté mariage, cette incertitude, s'il y a entre elles une alliance spirituelle, doit les porter à s'en abstenir, ou à obtenir dispense.

SECONDE ESPÈCE.

De l'extension de la parenté spirituelle au mari ou à la femme des personnes avec qui elle est contractée.

207. On avoit mis autrefois en question, si la parenté spirituelle et l'empêchement de mariage qui en résulte, devoit s'étendre au mari et à la femme des personnes avec qui elle est contractée.

Pour l'affirmative, l'on disoit : comme une homme et une femme, par la consommation de leur mariage, deviennent *una caro*, et en quelque façon une même personne ; en conséquence l'alliance spirituelle qu'un homme a contractée, soit avec son filleul, soit avec son parrain, soit avec son compère spirituel, se communique à la femme, qui contracte par conséquent la même alliance spirituelle avec le filleul, le parrain ou le compère spirituel de son mari ; et pareillement l'alliance spirituelle qu'une femme a contractée, soit avec sa filleule, soit avec sa marraine, soit avec sa commère spirituelle, se communique à son mari, qui contracte pareillement une alliance spirituelle avec la filleule, la marraine ou la commère spirituelle de sa femme.

Suivant ce principe, 1° la veuve d'un filleul n'auroit pu épouser valablement le parrain de son défunt mari, et pareillement un homme n'auroit pu épouser la marraine de sa défunte femme.

2° Un homme n'auroit pu épouser valablement la filleule de sa défunte femme, ni une femme le filleul de son défunt mari.

3° Une femme n'auroit pu épouser valablement le compère spirituel de son défunt mari, ni un homme la commère spirituelle de sa défunte femme.

C'est ce que décide le pape Nicolas I, dans sa lettre à Salomon, évêque de Constance, rapportée au décret de Gratien, *caus.* 30, *q.* 4, *can.* 1 : *Sciscitatur à nobis sanctitas vestra si aliquis Romæ duas commatres habere valeat, unam post alteram? In quo meminisse oportet scriptum esse : Erunt duo in carne unâ; itaque quum constet quia vir et mulier una caro per*

*connubium efficiuntur, verum compatrem constitui illi cujus uxor commater esse videbatur, et idcircò liquet virum illi fœminæ non posse jungi quæ commater ejus erat, cum quâ idem fuerat una caro effectus.*

Suivant ce même principe, Boniface VIII décide qu'un homme ne peut pas épouser la femme de son parrain : *Suscipientis uxorem ante susceptionem carnaliter cognitam ab eodem;* cap. 1, de cognat. spirit., in 6°

208. Le pape Paschal II, qui occupoit le saint Siége à la fin du onzième siècle et au commencement du douzième, pensoit au contraire que l'alliance spirituelle que des personnes contractent, et par conséquent l'empêchement de mariage qui en résulte, ne se communique ni à leur femme, ni à leur mari. Voici comme il s'explique dans sa lettre *ad rheginum episcopum*, qui est rapportée au décret de Gratien, *d. q. 4, can. 5 : post uxoris obitum cum commatre uxoris, viri superstitis conjugium copulari nulla videtur autoritas* (1) *vel ratio prohibere; neque enim cognationi carnis cognatio spiritûs comparatur, neque per unionem carnis ad unionem spiritûs pertransitur.*

Le concile de Tribur, à la fin du neuvième siècle, avoit de même décidé qu'un compère spirituel pouvoit licitement épouser la veuve de son compère spirituel : *Quis spiritalem habet compatrem cujus filium de lavacro sancti fontis suscepit; et ejus uxor commater non est, liceat ei defuncto compatre suo ejus viduam ducere in uxorem.*

209. Le concile de Trente a fait cesser ces questions, en abolissant tous les empêchements de mariage résultant de l'alliance spirituelle, autres que ceux qu'il a observés.

### TROISIÈME ESPÈCE.

Si les enfants de deux compères ou commères peuvent valablement contracter mariage.

210. La raison de douter, étoit qu'ils paroissoient se tenir lieu de frères et de sœurs. Cette question, après avoir été controversée, avoit été décidée par Alexandre III, qui avoit

(1) Ou Paschal II ignoroit la décision de Nicolas I, dans sa lettre à Salomon, ou cette lettre étoit une pièce supposée, comme le sont un grand nombre de celles dont Gratien a composé ses canons.

jugé qu'à l'exception du filleul ou de la filleule, qui ne peuvent contracter mariage avec les enfants de leur parrain ou marraine, les autres enfants des deux compères ou commères peuvent contracter mariage ensemble; sauf dans les pays où il y auroit une coutume contraire; *cap.* 1, *ext. de cognat. spirit.*

Le concile de Trente ayant aboli l'empêchement de mariage qui étoit entre un filleul ou une filleule et les enfants de leur parrain ou marraine, à plus forte raison il n'en peut rester aucun entre les autres enfants des deux compères ou des deux commères.

### QUATRIÈME ESPÈCE.

Si le parrain et la marraine contractent ensemble quelque alliance spirituelle.

211. Il n'est pas douteux aujourd'hui que le parrain et la marraine qui tiennent un enfant sur les fonts de baptême, ne contractent ensemble aucune véritable alliance spirituelle, bien loin que leur compérage forme entre ces personnes un empêchement de mariage, il y est très-souvent un acheminement.

De là il suit qu'il n'y a pas d'inconvénient que le mari et la femme soient le parrain et la marraine de l'enfant d'un tiers.

Il paroît néanmoins qu'on en avoit douté autrefois, et que c'est en conséquence de ce doute, s'il ne se formoit pas une alliance spirituelle, qu'Urbain II, vers la fin du onzième siècle, défend au mari et à la femme de tenir ensemble l'enfant d'un tiers, pour plus grande pureté de discipline. C'est ce que nous lisons au dernier canon de la question 4, caus. 30: *Quòd uxor cum marito in baptismate simul non debeat suscipere puerum nullâ autoritate reperitur prohibitum; sed ut puritas spiritualis paternitatis ab omni labe et infamiâ conservetur immunis, dignum esse decernimus, ut utrique in simul ad hoc aspirare minimè præsumant.* Aujourd'hui ce canon n'est plus observé, n'étant plus douteux qu'un parrain et une marraine ne contractent ensemble aucune alliance spirituelle.

## ARTICLE V.

### De l'empêchement d'honnêteté publique.

212. Les empêchements d'honnêteté publique sont ceux qui résultent des fiançailles, et d'un mariage non consommé.

### §. I. De l'empêchement qui résulte des fiançailles.

213. Les fiançailles ne produisent point d'affinité entre l'une des parties fiancées et les parents de l'autre partie, car l'affinité naît du mariage, *necessitudo inter unum è conjugibus*, etc. *suprà, n.* 150. Les fiançailles ne renfermant point de mariage, mais seulement un acheminement au mariage, elles ne peuvent donc produire d'affinité.

Mais cet acheminement au mariage que les fiançailles renferment, étant comme une espèce de mariage *in spe;* si les fiançailles ne produisent point une affinité entre l'une des parties fiancées et les parents de l'autre partie, elles produisent une autre espèce de rapport, fondé sur l'honnêteté publique, qui ne permet pas que l'une des parties fiancées puisse valablement contracter mariage, même après la dissolution des fiançailles, avec les parents de la ligne directe de l'autre partie.

Les Romains avoient, même dans le paganisme, senti ce rapport d'honnêteté publique, et ils avoient en conséquence défendu le mariage entre ces personnes : *Inter me et sponsam patris mei nuptiæ contrahi non possunt, quanquam noverca mea non propriè dicatur;* l. 12, §. 1, ff. *de ritu nupt. Sponsa mea patri meo nubere non poterit, quamvìs nurus non propriè dicatur;* d. l. ff. 1. *Ejus matrem quam sponsam habui non posse me uxorem ducere Augustus interpretatus est, fuisse enim eam socrum ( minùs propriè )* l. 14, §. *fin.* ff. *d. tit.*

214. Les lois romaines et l'église, pendant les dix ou douze pemiers siècles, n'avoient pas étendu plus loin qu'aux parents de la ligne (1) directe ce rapport d'honnêteté publique

(1) Il est étonnant que l'auteur du *Traité sur le Mariage,* de 1753, *page* 276, à la fin, dise que l'empereur Justinien, à l'exemple de ses prédécesseurs, a défendu à un homme d'épouser la sœur de sa fiancée, et qu'il se fonde pour cela sur un paragraphe du titre *de nuptiis* des Institutes, où il

qui formoit un empêchement de mariage entre l'un des fiancés et les parents de l'autre. Mais depuis, sur la foi d'une fausse décrétale attribuée à Jules I, qui est rapportée au décret de Gratien, *caus.* 27. *quæst.* 2, *can.* 15, cet empêchement d'honnêteté publique qui résulte des fiançailles, avoit été étendu à la parenté de la ligne collatérale aussi loin et dans tous les mêmes degrés que l'empêchement d'affinité qui résulte du mariage.

215. Le pape Boniface VIII avoit même décidé que les fiançailles, quoique non-valablement contractées, formoient cet empêchement, pourvu que la nullité ne procédât pas du défaut de consentement des parties, *ex defectu consensûs*, et qu'elles eussent été contractées *cum certâ ac determinatâ personâ*, purement et sans condition; ou que si elles avoient été contractées sous une condition, la condition eût été accomplie; *cap. de spons. in* 6°

216. Le concile de Trente a corrigé cette discipline, en ordonnant que cet empêchement n'excéderoit pas le premier degré de la ligne collatérale, et qu'il ne seroit formé que par des fiançailles valablement contractées : *Publicæ honestatis impedimentum, ubi sponsalia quâcumque ratione valida non erunt, S. Synodus prorsùs tollit; ubi autem valida fuerint, primum gradum non excedant; Syn. Trid. Sess.* 24, *cap.* 3.

C'est aujourd'hui à cet égard la discipline de l'église.

217. L'auteur des conférences de Paris pense que dans les diocèses où la bénédiction des fiançailles dans l'église est en usage, les fiançailles ne forment cet empêchement que lorsqu'elles ont été bénites. Il se fonde sur une consultation de quatre docteurs de Sorbonne qui le décident ainsi; et ces docteurs donnent pour raison de leur décision, que les promesses de mariage que se font les parties par les contrats de mariage ou par d'autres actes, renferment la condition, *s'il plait à notre mère sainte église de les recevoir :* d'où il suit, dit-il, que n'ayant pas été reçue par l'église, et confirmées par la bénédiction ecclésiastique, elles sont sans effet. Je ne suis pas de cet avis : ce n'est pas

---

est dit : *Nam constat nec sponsam filii nurum esse, nec patris sponsam, novercam esse; rectiùs tamen et jure facturos eos qui ab hujusmodi nuptiis abstinuerint.* Il est évident que Justinien en cet endroit, défend seulement à un père d'épouser la fiancée de son fils, et à un fils d'épouser la fiancée de son père.

la bénédiction des fiançailles, c'est le contrat des fiançailles qui forme par lui-même l'empêchement d'honnêteté publique. Cette bénédiction n'est qu'un accessoire des fiançailles, sans lequel le contrat des fiançailles ne laisse pas d'avoir toute sa perfection; puisque, sans que cette bénédiction soit intervenue, il donne une action à chacune des parties pour en poursuivre l'exécution, tant devant le juge d'église que devant le juge séculier. Lorsque mon fils et une fille, du consentement de leur famille, ont passé un contrat de mariage devant notaires, quoique le mariage ait été manqué, et que les fiançailles n'aient point été bénites, cette fille n'en a pas moins été la fiancée de mon fils, la future épouse de mon fils et ma future bru, ce qui suffit pour que l'honnêteté publique ne permette pas que je puisse l'épouser.

218. Il suffit pour faire naître l'empêchement qui résulte des fiançailles, qu'elles aient été valablement contractées. Quoiqu'elles aient été depuis dissoutes, soit par le consentement mutuel des parties, soit par la mort, cet empêchement ne laisse pas de subsister : c'est l'avis de Fagnan, sur le chap. *Ad audientiam, ext. de sponsal. et matrim.* Et de Corradus, qui attestent que leur sentiment est suivi dans la pratique. C'est aussi celui de Van-Espen. La raison est, qu'il suffit qu'une femme, par les fiançailles qu'elle a contractées, soit avec mon père, soit avec mon fils, soit avec mon frère, ait eu pendant quelque temps à mon égard un commencement de qualité de belle-mère, de bru ou de belle-sœur, pour que la pudeur et l'honnêteté publique ne permettent pas qu'elle devienne ma femme.

219. Mais si une femme avoit été fiancée à mon père, et que ces fiançailles eussent été dissoutes avant que je fusse au monde, elles n'auroient pu former entre cette femme et moi, qui n'étois pas au monde, aucune alliance d'honnêteté publique, ni par conséquent aucun empêchement de mariage : on ne peut pas dire en ce cas qu'elle ait jamais eu à mon égard aucun commencement de qualité de belle-mère, puisque quand je suis venu au monde, elle avoit déjà cessé d'être la fiancée de mon père.

220. Lorsque les fiançailles ont été contractées sous une condition suspensive, elles ne peuvent former l'empêchement d'honnêteté publique, si elles ne sont pas confirmées par l'accomplissement de la condition. Quoique Boniface VIII

ait voulu que même les fiançailles nulles produisissent l'empêchement d'honnêteté publique, il a néanmoins reconnu que les fiançailles conditionnelles ne pouvoient le produire, si la condition n'étoit accomplie; *cap.* 1, *de sponsal. in* 6°, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 215. Les fiançailles conditionnelles ont cela de commun avec toutes les conventions conditionnelles, quelles ne produisent aucun droit, tant que la condition n'est pas encore accomplie, et que le défaut d'accomplissement de la condition les a fait regarder comme non avenues.

§. II. De l'affinité qui résulte du mariage non consommé.

221. Les lois romaines ne distinguoient pas si le mariage avoit été consommé, ou non, pour qu'il produisît l'affinité entre l'un des conjoints par mariage et les parents de l'autre, comme nous l'avons déjà observé *suprà*, *n.* 152.

Nous apprenons, par la constitution de Zénon, qu'il y avoit chez les Egyptiens une loi qui avoit suivi cette distinction, et suivant laquelle un frère épousoit valablement la veuve de son frère, lorsqu'elle étoit encore vierge, son mari étant mort avant qu'il eût consommé le mariage, qui ne devoit pas être censé avoir été un mariage réel et effectif, n'ayant pas été consommé. L'empereur Zénon abroge cette loi des Egyptiens, et déclare nuls des mariages qui ont été contractés entre ces personnes : *Licèt quidam Ægyptiorum*, dit l'empereur, *idcircò mortuorum fratrum sibi conjuges matrimonio copulaverint, quòd post illorum mortem mansisse virgines dicebantur, arbitrati scilicet quod certis legum conditoribus placuit, quum corpore non convenerint, nuptias non videri re esse contractas, et hujusmodi connubia tunc temporis celebrata, firmata sunt; tamen præsenti lege sancimus, ut si quæ hujusmodi nuptiæ contractæ fuerint, eas earumque contractores, et ex his progenitos antiquarum legum tenori subjacere, nec ad exemplum Ægyptiorum eas videri fuisse firmas vel esse frimandas;* L. *penult. cod. de incest. nupt.*

222. Quoique, suivant les principes du droit canonique, un mariage qui n'a pas été consommé ne forme pas l'affinité, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 152, il forme entre l'un des époux et les parents de l'autre, une autre espèce d'empêchement dirimant de mariage, qu'on appelle *empêchement d'honnêteté publique*, lequel s'étend aussi loin que celui de l'affinité.

Nous avons cru inutile d'entrer dans la discussion, si le chapitre *Ad audientiam*, 4, *ext. de sponsal. et matrim.* est dans l'espèce d'un mariage contracté par fiançaille *de présent* et non consommé, comme le prétendent Cujas et Fagnan, ou s'il est dans l'espèce des fiançailles *de futuro.* Si celles-ci formoient alors un empêchement d'honnêteté publique qui s'étendoit aussi loin que celui d'affinité, parce qu'elles sont un acheminement à une espèce de commencement de mariage, à plus forte raison, le mariage parfait non consommé doit produire un pareil empêchement d'honnêteté publique.

Pareillement, puisque les fiançailles *de futuro* contractées entre personnes certaines et déterminées, quoique nulles, pourvu que ce ne fût pas par défaut de consentement, formoient, avant le concile de Trente, un empêchement dirimant, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent, il ne peut être douteux que le mariage non consommé, quoique nul, pourvu que ce ne fût pas par défaut de consentement, formoit alors un pareil empêchement, puisque le mariage non consommé est quelque chose de bien plus considérable et de bien plus respectable que de simples fiançailles *de futuro*, et qu'il les renferme éminemment. Cela est d'ailleurs décidé formellement par le chapitre 4, *ext. de sponsal. et matrim.*, en supposant qu'il est dans l'espèce d'un mariage non consommé.

223. Le concile de Trente a bien restreint l'empêchement d'honnêteté publique, qui résulte des fiançailles *de futuro*, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent; mais il n'a pas touché à celui qui résulte du mariage non consommé; il n'y a pas été question de cette espèce d'empêchement. Les historiens du concile, qui rapportent toutes les différentes matières qui furent traitées et agitées alors, n'en disent pas le moindre mot. Le pape Pie v, dans sa bulle *Ad Romanum*, qu'il donna cinq ans après la conclusion du concile, déclare que ce que le concile a réglé sur l'empêchement qui résulte des fiançailles, ne regarde que celui qui résulte des fiançailles *de futuro;* qu'on n'en doit rien inférer pour ce qui concerne celui qui résulte d'un mariage non consommé; 1° parce que lorsqu'il s'agit d'abroger ou de charger l'ancien droit par une loi nouvelle, il faut que la loi s'en explique expressément; 2° parce qu'un mariage parfait, quoique non consommé, étant un engagement plus considérable, plus respectable,

plus inviolable que celui qui renferme de simples fiançailles *de futuro*, on ne peut, de la diminution que le concile a apportée à l'empêchement des fiançailles, tirer aucune conséquence pour celui du mariage non consommé; ce seroit argumenter *à minori ad majus*, ce qui est un mauvais argument.

Il faut donc tenir que l'empêchement d'honnêteté publique qui résulte du mariage non consommé, s'étend aujourd'hui, de même qu'avant le concile de Trente, aussi loin que celui qui résulte de l'affinité.

Par la même raison, on doit tenir qu'aujourd'hui, comme avant le concile de Trente, un mariage non consommé, quoique nul, pourvu qu'il ne le soit pas par défaut de consentement, et qu'il ait été contracté avec une personne certaine et déterminée, forme cet empêchement. C'est le sentiment de Fagnan, sur le chap. *Ad audientiam*, 4, *ext. de sponsal. et matrim.*, et celui de Van-Espen.

224. Il nous reste à observer, à l'égard de l'empêchement d'honnêteté publique qui résulte des fiançailles ou du mariage non consommé, qu'il se contracte, de même que l'empêchement d'affinité, entre l'une des parties et les parents de l'autre partie, soit que leur parenté avec l'autre partie soit une parenté légitime, soit qu'elle soit illégitime.

### §. III. Autre cas.

On a trouvé un empêchement d'honnêteté publique dans le mariage d'un homme avec la belle-mère de sa défunte femme. Il n'y a aucune affinité véritable entre ces personnes: car un homme, en se mariant, ne contracte affinité qu'avec les parents de sa femme; il n'en contracte pas avec les affins de sa femme. Or la belle-mère de ma femme n'est pas la parente de ma femme; elle ne lui est qu'*affinis*: il n'y a donc pas d'affinité entre elle et moi. Il y auroit eu, avant le concile de Latran, une espèce d'affinité, qu'on appeloit affinité du second genre, et qu'on croyoit être entre l'un des conjoints par mariage et les affins de l'autre; mais cette espèce d'affinité du second genre a été abrogée par le concile de Latran, et elle ne forme plus un empêchement de mariage, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 161. Néanmoins, l'espèce s'étant présentée en Normandie: un homme ayant voulu

épouser la belle-mère de sa défunte femme, ayant même obtenu pour cet effet un rescrit de Rome, qui avoit été entériné par l'évêque d'Avranches, et ayant en sa faveur des consultations de Sorbonne; sur l'appel comme d'abus qui fut interjeté, le parlement de Normandie trouvant dans ce mariage un empêchement, non d'affinité, mais d'honnêteté publique, dit qu'il avoit été abusivement procédé à l'entérinement du rescrit, et fit défenses de passer outre au mariage, à peine de la vie. Voyez Brillon, *verbo* mariage, *p.* 302. Suivant cet arrêt, l'empêchement que les canonistes appeloient *d'affinité du second genre*, a paru au parlement de Normandie former encore aujourd'hui dans la ligne directe un empêchement, non d'affinité, mais d'honnêteté publique; et cet empêchement lui a paru si considérable, qu'il a jugé qu'il n'étoit pas susceptible de dispense.

L'arrêt est du 17 décembre 1617. Févret qui le rapporte, l. 5, *ch.* 3, *n.* 6, en rapporte encore un autre du même parlement, par lequel, suivant le même principe, le rescrit qu'un homme avoit obtenu pour épouser la veuve de son privigne, fut déclaré abusif; et défenses furent faites de passer à la solemnisation du mariage, à peine de la vie.

Ces arrêts sont aussi rapportés par Mornac, *ad* l. 42, ff. *de rit. nupt.*

Les lois romaines reconnoissent cette espèce d'empêchement d'honnêteté publique; c'est ce qui paroît par la loi 15, ff. *de rit. nupt.*, qui défend à un homme d'épouser la veuve de son beau-fils ou privigne, et à une femme d'épouser l'homme veuf de sa belle-fille.

### ARTICLE VI.

#### De l'empêchement qui résulte du rapt et de la séduction.

##### §. I. Du rapt.

225. Le rapt formoit autrefois un empêchement dirimant de mariage entre le ravisseur et la personne ravie, qui étoit perpétuel, et duroit, soit qu'elle fût encore, soit qu'elle eût cessé d'être en la puissance du ravisseur.

Justinien, l. *un. cod. de rapt. de virg.* dit : *Nec sit facultas raptæ virgini vel viduæ raptorem ut suum sibi maritum exposcere....* NULLO MODO, *nullo tempore datur licentia, etc.*

Les capitulaires de Charlemagne ordonnent pareillement que celui qui a ravi une fille, *unquam illam uxorem habeat;* VI, 60. *Eas nullatenùs habeant uxores;* VII, 395.

Le concile de Pavie, *Ticinense*, *cap* 10, tenu en 850, dit aussi : *Puellæ ipsis à quibus raptæ sunt, legitimæ demùm uxores nullatenùs esse possunt.*

226. Depuis, la discipline a changé. Innocent III décide que la personne ravie peut contracter mariage avec le ravisseur, si elle se détermine librement à y consentir; *cap.* 7, *extr. de raptoribus.*

227. Le concile de Trente a pris un parti mitoyen; il ne permet pas le mariage entre la personne ravie et le ravisseur, tant qu'elle est en sa puissance, quelque consentement qu'elle y donne : *S. Synodus decrevit, inter raptorem et raptam, quamdiù ipsa in potestate raptoris manserit, nullum posse consistere matrimonium:* et en cela il corrige le droit des décrétales. Mais il permet ce mariage, lorsque la personne ravie le contracte après qu'elle a cessé d'être en la puissance du ravisseur, *à raptore separata, et in loco tuto constituta;* et en cela il s'écarte de la rigueur de l'ancien droit.

Notre droit est conforme en ce point à la discipline du concile de Trente. L'ordonnance de 1639, *art.* 5, « déclare » nuls les mariages faits avec ceux qui ont ravi des veuves » ou filles, de quelque âge ou condition qu'elles soient, sans » que par le temps, ni par le consentement des personnes » ravies, de leurs père et mère, tuteurs, ils puissent être » confirmés, *tandis que* les personnes ravies sont en la puis- » sance du ravisseur. »

§. II. De la séduction.

228. Nous entendons ici par *séduction*, lorsque, sans employer la violence, mais par de mauvaises voies et de mauvais artifices, on engage une jeune personne à consentir à un mariage.

La séduction, dans notre droit françois, n'est pas moins un empêchement dirimant de mariage, que le rapt : nous le regardons même comme une espèce de rapt, et nous l'appelons *rapt de séduction.*

229. La séduction se présume de droit, lorsqu'un mineur s'est marié sans le consentement de ses pères et mère, tuteur

ou curateur ; et en conséquence, sur l'appel comme d'abus que les père, mère, tuteur ou curateur interjettent de ces mariages, les parlements les déclarent nuls ; voyez *infrà, part. 4, chap. 1, art. 2.*

Cela a lieu, même dans le cas auquel un François mineur se seroit marié hors du royaume, dans un pays où cette présomption n'est pas admise, et où les mariages des mineurs sont valables sans le consentement de leurs père et mère. C'est ce qui a été jugé par un arrêt rapporté par d'Héricourt, à l'égard d'un mineur de Lyon qui s'étoit marié à Liège : le mariage fut déclaré abusif. La raison est que nos lois qui obligent les mineurs à requérir le consentement de leurs père et mère pour se marier, et qui les présument séduits lorsqu'ils y ont manqué, sont des lois qui, ayant pour objet les personnes, sont personnelles, et exercent leur empire à l'égard des personnes qui y sont sujettes, en quelque endroit qu'elles contractent.

230. La séduction n'est pas présumée à l'égard des majeurs, à moins que le commerce illicite n'ait commencé dès le temps de leur minorité, de manière que le mariage contracté en majorité puisse être une suite de la séduction.

## ARTICLE VII.

### De l'empêchement de mariage qui résulte de l'adultère.

231. Les lois romaines avoient établi un empêchement dirimant de mariage entre une femme et son adultère, qui empêchoit que cette femme ne pût, après la mort de son mari, contracter valablement mariage avec lui. Cela se tire par induction de la loi 40, ff. *ad leg. Jul. de adult.* où Paul décide que lorsqu'un mari a commencé contre une personne des poursuites pour l'accuser d'adultère avec sa femme, qu'il n'a pas suivies, ces poursuites ne peuvent mettre un obstacle au mariage que sa femme contracteroit après sa mort avec cette personne : *Paulus respondit nihil impedire quominùs ei quem suspectum maritus habuit, ea de quâ queritur, nubere possit.*

La conséquence paroît naturelle, que la femme n'eût pu l'épouser s'il n'eût pas été seulement suspect, mais qu'il eût été convaincu d'adultère avec elle. Godefroy, en ses notes sur cette loi, en a tiré cette conséquence.

Saint Augustin, en son ouvrage *de nupt. et concub. lib.* 1,

*cap.* 10, nous fournit aussi un témoignage de cette espèce d'empêchement qui avoit lieu de son temps par les lois romaines; il dit : *Marito mortuo cum quo verum connubium fuit, fieri verum connubium non potest, cum quo priùs adulterium fuit.*

Gratien, qui rapporte ce texte dans son décret, *caus.* 31, *q.* 1, *can.* 2, a omis la négation, et a écrit *potest* au lieu de *non potest :* mais la négation se trouve dans le texte de saint Augustin, comme l'ont reconnu les correcteurs romains, qui nous attestent qu'elle se trouve dans le manuscrit des œuvres de ce père, qui est au Vatican.

Outre que, pour que la leçon de Gratien fût bonne, il faudroit supposer que S. Augustin eût ignoré la loi romaine sur ce point, ce qui ne se peut supposer; le sens de ce texte de S. Augustin demande cette négation. Le saint docteur relève dans cet endroit la force du lien conjugal : il dit, qu'il est si fort et si indissoluble, qu'il n'est pas permis par la loi de l'évangile de répudier sa femme; et que même après le divorce que la loi du siècle permet, le lien conjugal continue de subsister tellement entre les conjoints, qu'ils demeurent toujours véritables époux et épouse, nonobstant le mariage que l'un des deux auroit contracté avec une autre personne, lequel, quoique permis par la loi du siècle, est par la loi de l'évangile plutôt un adultère qu'un mariage. Enfin, pour relever le lien conjugal, il ajoute, que le violement de ce lien, par un union adultérine qu'une femme a avec son adultère, a paru si énorme, que le vice de cette union ne peut être purgé, ni devenir par la suite un mariage légitime, même après la mort de son mari; *et denique marito mortuo... fieri verum connubium non potest, cum quo priùs adulterium fuit.*

Justinien, en sa novelle 134, *cap.* 12, déclare aussi nul le mariage qu'une femme a contracté avec l'homme avec qui elle avoit commis adultère pendant son premier mariage : *Si quis accusatus de adulterio, per proditionem judicum, aut alio quolibet modo, à legibus pœnas effugerit, et post hoc inveniatur cum muliere de quâ accusatus est turpiter conversatus, et in matrimonium accipere eam, et hoc fiat vivente marito aut post ejus mortem, neque matrimonium valere censemus, etc.*

232. L'église ayant toujours observé religieusement dans sa discipline les lois séculières, les peuples d'Occident qui se

convertirent à la foi, trouvèrent cet empêchement établi par la discipline de l'église, et s'y conformèrent. Cette discipline étoit encore suivie en Allemagne sur la fin du neuvième siècle.

Le concile de Tribur en Franconie, tenu l'an 895, dans le quarantième de ses canons, dit : *Non licet ut ullus eâ utatur in matrimonio, cum quâ priùs pollutus est in adulterio.*

Gratien, *caus.* 31, *q.* 1, *can*, 4, au lieu de cela, fait dire au concile de Tribur : *Relatum est..... quemdam alterius uxorem stupro violasse, et insuper mœchæ, vivente viro suo, juramentum dedisse, ut post legitimi mariti mortem, si supervixisset, duceret uxorem; quod et factum est : tale ergo connubium prohibemus, et anathematisamur.*

Il est vrai que le fait qui avoit donné occasion au canon, et qui est rapporté par les pères du concile, étoit un mariage contracté par un homme avec une femme avec qui il avoit auparavant commis adultère, sous la promesse de l'épouser après la mort de son mari : mais le canon que le concile fait à cette occasion, est conçu en termes généraux, tels que nous les avons rapportés, et n'est pas restreint au cas particulier qui y a donné occasion.

233. Cette discipline avoit reçu quelque altération en France dès le neuvième siècle : on regardoit l'adultère comme un empêchement prohibitif de mariage, mais qui n'étoit pas dirimant, à moins qu'il ne fût accompagné de quelques circonstances aggravantes. C'est ce que nous apprenons du concile de Meaux, tenu en 845, sous Charles le Chauve, qui veut que lorsqu'une femme, après la mort de son mari, a épousé son adultère, on les soumette à la pénitence publique; et qu'après le temps de la pénitence fini, on puisse leur permettre d'habiter ensemble, à moins que l'adultère n'eût été suivi du meutre du premier mari, ou qu'il n'y eût quelque autre empêchement : *Is qui, vivente marito, conjugem alterius adulterasse accusatur, et eo in proximo defuncto eamdem sumpsisse dignoscitur, in omnimodis publicæ pænitentiæ subigatur, de quo etiam post pænitentiam præfata* (1) *servabitur regula, nisi fortè idem aut mulier virum qui mortuus*

(1) C'est celle qui se trouve au canon 64, qui, dans une autre espèce, porte qu'on pourra, après le temps de la pénitence fini, permettre aux parties d'habiter ensemble, en leur faisant compenser cette indulgence par des aumônes ou autres œuvres pies.

*fuerat, occidisse notentur, aut propinquitas vel alia quælibet actio criminalis impediat;* can. 69.

234. Dans les siècles suivants on ne regarda plus l'adultère comme un empêchement dirimant de mariage, que lorsqu'il étoit accompagné d'une promesse de s'épouser faite durant le mariage, ou suivi du meurtre de l'autre conjoint. Le décret de Gratien, dans lequel on étudioit alors le droit canonique sans consulter les sources, accrédita beaucoup cette opinion. On ne la regardoit pas néanmoins encore dans le douzième siècle comme un point bien décidé. C'est ce que nous lisons dans une décrétale d'Alexandre III, *cap.* 1, *ext. de eo qui duxit, etc. Licèt in canonibus habeatur, ut nullus copulet matrimonio quam priùs polluerat adulterio, et illam maximè cui fidem dederat, uxore suâ vivente, vel quæ machinata est in mortem uxoris.* Le terme *maximè* empêche la restriction de la règle à ces deux cas, et insinue que même hors ces deux cas, l'adultère peut seul et par lui-même être un empêchement dirimant de mariage.

235. Enfin dans le treizième siècle, le pape Innocent III a adopté en termes formels la restriction de l'empêchement à ces deux cas, par sa décrétale qui est au chap. *Significasti*, 6, *ext. d. tit. Significasti quòd quum P. civis Spoletanus quamdam mulierem duxisset legitimè, eâ relictâ, cuidam meritrici adhæsit; verùm quum uxor ipsius esset viam universæ carnis ingressa, meretricem cui adhæserat, desponsavit: respondemus quòd nisi alter eorum in mortem uxoris defunctæ fuerit machinatus, vel, eâ vivente, sibi fidem dederit de matrimonio contrahendo, legitimum judices matrimonium.*

Cette décision a fixé sur ce point la discipline de l'église, et a toujours depuis été suivie, et l'est encore aujourd'hui.

Suivant cette discipline, la promesse de s'épouser rend bien l'adultère empêchement dirimant de mariage; mais cette promesse faite durant le mariage, lorsqu'elle n'a pas été précédée ou suivie d'adultère, c'est-à-dire, d'un commerce charnel avec l'homme ou la femme à qui elle a été faite, quoiqu'elle soit criminelle, ne forme pas un empêchement de mariage: il faut, pour contracter l'empêchement, que les deux choses aient concuru, l'adultère et la promesse.

236. Si l'adultère commis en secret, auquel est jointe une promesse de s'épouser, forme un empêchement dirimant de mariage, à plus forte raison l'adultère public que je commets

en épousant, du vivant de ma femme, une autre femme qui n'ignore pas que je suis marié, doit-il former un empêchement dirimant qui empêche que ce second mariage ne puisse se réhabiliter après la dissolution du premier.

Il en est de même lorsqu'une femme, du vivant de son mari, épouse un autre homme qui sait qu'elle est mariée.

237. Observez néanmoins que le mariage que j'ai contracté publiquement du vivant de ma femme avec un autre femme, ne renfermant un adultère que par le commerce charnel que j'aurois eu avec elle du vivant de ma première; si mon premier mariage vient à se dissoudre par la mort de ma première femme avant que j'aie connu charnellement cette seconde femme, n'y ayant point en ce cas d'adultère, ce second mariage, quoiqu'il ait été scandaleux et criminel, peut être réhabilité. C'est ce que décide le pape Grégoire IX. *Si quis*, dit ce pape, *uxore vivente, fide datâ, promisit aliam se ducturum, vel cum ipsâ de facto contraxit, si nec antè nec pòst, legitimâ superstite, cognovit eamdem; quamvìs graviter deliquerint, non est tamen matrimonium, quod cum eâ contraxit post uxoris obitum, dirimendum;* cap. fin. ext. *de eo qui duxit in matrim.*

238. Mais lorsque le second mariage, contracté durant le premier, a été précédé ou suivi du commerce charnel avant la dissolution du premier mariage, il ne peut plus, après la dissolution du premier mariage, être réhabilité.

Cela a lieu, 1° quand même le premier mariage, durant lequel le second auroit été contracté, n'auroit pas été consommé par le commerce charnel. Il suffit qu'il ait été valablement contracté. Il n'en est pas moins, quoique non consommé, un véritable mariage; et le second n'en est pas moins entaché du vice d'adultère, qui empêche qu'il ne puisse être réhabilité après la dissolution du premier. C'est ce que décide formellement le pape Alexandre III, au chap. 2, *ext. d. tit.*

2° Quand même un homme auroit fait condamner sa femme, pour cause d'adultère, à une réclusion dans un monastère, le mariage qu'il a contracté avec une autre femme, du vivant de cette première, quoiqu'elle fût alors recluse, n'en est pas moins entaché du vice d'adultère, et ne peut être réhabilité après la mort de la première. C'est ce que décide le pape Clément III : *Accepimus quòd T. uxorem*

*suam in adulterio deprehensam de tui antecessoris assensu abjecit, quæ postmodùm accepit habitum monachalem : sed dictus T. antequàm illa decederet aliam superinduxit, et plures suscepit filios ex eâdem. Respondemus quòd illos debes ab invicem separare ; idem verò vir indictâ ab eâ pœnitentiâ, aliam poterit ducere uxorem ;* cap. 4, ext. d. tit.

3° Le second mariage contracté durant le premier, ne peut être réhabilité après la dissolution du premier, quelque long-temps qu'ait duré ce second mariage, et quoiqu'il y en ait un grand nombre d'enfants. C'est ce qui paroît par le *chap.* 4 que nous venons de rapporter, et ce qui est encore décidé par le même pape au *chap.* 5, où il en donne cette raison : *Nec aliquod adminiculum afferunt ut simul maneant, quòd decennio cohabitaverint, ac decem filios susceperint ; quum multiplicitas prolis ità susceptæ magis eorum crimen exaggeret, et diuturnitas temporis peccatum non minuat, sed augmentet.*

236. Nous n'avons parlé jusqu'à présent que du cas auquel un homme, du vivant de sa femme, ou une femme, du vivant de son mari, a contracté mariage avec une personne qui n'ignoroit pas que celle avec qui elle contractoit mariage, étoit mariée à un autre : ce n'est que dans ce cas que ce mariage, qui a été contracté de mauvaise foi par les deux parties, ne peut absolument être réhabilité après la dissolution du premier.

Mais lorsque du vivant de ma femme j'ai contracté mariage avec une autre femme qui ignoroit que je fusse marié, et qui a contracté de bonne foi avec moi, ce second mariage peut, après la dissolution du premier par la mort de ma première femme, être réhabilité ; et je ne suis pas recevable, après la dissolution de mon premier mariage, à en demander la cassation, si cette seconde femme n'y consent. C'est ce que décide le pape Alexandre III. *Propositum est nobis,* dit ce pape, *quòd vir quidam uxorem habens, sibi aliam hujusmodi rei inscium copulavit ; sed primâ mortuâ nititur discedere à secundâ.... quia non dignum est ut prædictus vir qui scienter contrà canones venerat, lucrum de suo dolo reportet. Respondemus quòd nisi mulier divortium petet, ad petitionem viri non sunt aliquatenùs separandi ;* cap. 1, ext. d. tit.

Innocent III décide la même chose dans l'espèce suivante. Un homme de Limoges quitte sa femme, s'en va à Messine, et, du vivant de sa femme, y épouse une autre femme qui ne

savoit pas qu'il fût marié : depuis, le mariage avec sa première femme ayant été découvert, on le met en pénitence, et on l'oblige à retourner à Limoges avec sa première femme. En y arrivant, il la trouve morte. Il revient à Messine, et il habite avec sa seconde femme, comme ayant pu, par la mort de la première, devenir sa légitime épouse. Innocent III décide qu'on peut le lui permettre. *Licèt*, dit ce pape, *vivente uxore legitimâ prædictam M. sibi copulare nequiverit in uxorem, quia tamen uxore defunctâ utpotè à lege ipsius solutus, in eamdem M. de novo potuit matrimonialiter consentire, dummodò non præstiterit fidem* (1) *adulteræ, vel machinatus fuerit in mortem uxoris; mandamus, quatenùs, si est ità, eidem ut supradictæ M. affectu adhæreat conjugali licentiam concedatis;* cap. 7, ext. d. tit.

### ARTICLE VIII.

#### De l'empêchement qui résulte du meurtre.

240. Le meurtre de l'un des deux conjoints par mariage, forme un empêchement dirimant de mariage entre le meurtrier et l'autre conjoint survivant, en deux différents cas. Le premier est lorsque le meurtre s'est fait avec la participation du conjoint survivant; *cap. Laudabilem*, 1, *ext. de convers. infidel.*

Si la femme avoit d'abord consenti au meurtre de son mari, qu'un homme se proposoit de faire, et qu'avant qu'il l'eût exécuté, elle lui eût déclaré qu'elle ne consentoit plus à ce meurtre, on ne peut plus dire qu'il a été commis du consentement de la femme; l'ayant révoqué, il ne subsistoit plus. Le meurtre en ce cas ne formera pas un empêchement de mariage entre cette femme et le meurtrier.

241. Le second cas est lorsque le meurtrier est en même temps l'adultère de l'autre conjoint; *cap. Super hoc*, 3, *ext. de eo qui dux.*

Le meurtre seul, fait sans la participation du conjoint survivant, ne formeroit pas l'empêchement : l'adultère seul,

---

(1) *Id est, quandò post detectum priùs matrimonium, non perrexerit vivente primâ uxore cohabitare cum secundâ, jam adulterii consciâ, fide ei datâ redintegrandi matrimonii post mortem prioris uxoris.*

fait sans promesse d'épouser, ne le formeroit pas : mais le concours de l'adultère et du meurtre forme cet empêchement.

242. Observez que dans l'un et dans l'autre cas, pour que le meurtre forme un empêchement dirimant, il faut qu'il ait été consommé. Une tentative ne forme pas l'empêchement. Les lois pénales s'interprètent littéralement.

Cette espèce d'empêchement est fondée sur une raison assez plausible, afin qu'un homme qui a de la passion pour une femme mariée à un autre, sachant qu'il ne peut jamais parvenir à contracter valablement mariage par le meurtre de son mari, soit moins tenté de commettre ce meurtre.

Cet empêchement n'est néanmoins que de droit positif; il n'est pas du droit nature : car il ne paroît pas que Dieu ait condamné le mariage de David avec Bersabée : c'est un fils né de ce mariage, qui, par l'ordre de Dieu, a été le successeur au trône de son père.

### ARTICLE IX.

#### De l'empêchement qui résulte de la diversité de religion.

243. Nous n'avons aucun texte dans le nouveau testament, qui défende d'une manière directe et absolue, aux fidèles de se marier avec des infidèles ou des hérétiques.

Les textes où quelques pères ont cru voir cette défense, ne sont rien moins que formels.

Le premier est dans la première épître aux Corinth. *chap.* 7, *v.* 39, où il est dit : *Mulier.... si dormierit vir ejus, liberata est; cui vult nubat, tantùm in Domino.*

Quelques pères ont cru que ces termes, *tantùm in Domino,* signifioient qu'elle ne devoit se marier qu'à un chrétien. Il paroît que ces termes ne disent pas cela, mais seulement qu'elle doit dans ce mariage, de même que dans les autres actions de sa vie, rechercher quelle est la volonté du Seigneur.

Il en est de même de l'autre texte, qui est dans la seconde épître aux Corinth. *chap.* 6, où il est dit : *Nolite jugum ducere cum infidelibus; quæ enim participatio justitiæ cum iniquitate, etc.* Il n'est pas question dans ce texte, de mariage. S. Paul défend aux fidèles tout commerce en général avec les infidèles, sans nécessité ni utilité, et lorsque ce commerce peut être une occasion de péché.

S. Augustin n'a pas cru que ces textes renfermassent une défense absolue aux fidèles de se marier avec les infidèles; car dans son ouvrage *de conjug. adult. l.* 1, *cap.* 25, *n.* 51, le saint Docteur dit que ce texte, *cui vult nubat, tantùm in Domino*, peut s'entendre de deux manières: *Duobus modis accipi potest; aut christiana permanens, aut christiano nubens : non enim*, ajoute le saint Docteur, *tempore revelati testamenti novi, in evangelio vel ullis apostolicis litteris, sine ambiguitate declaratum esse recolo, utrùm Dominus prohibuerit fideles infidelibus jungi; quamvis beatissimus Cyprianus indè non dubibet, nec in levibus peccatis constituat jungere cum infidelibus vinculum matrimonii, atque id esse dicat prostituere gantilibus membra christi.*

Pareillement dans le livre *de Fide et Operibus, cap.* 19, *n.* 35, après avoir dit que S. Cyprien regardoit les mariages des fidèles avec les infidèles, comme de très-grands péchés qui avoient attiré la colère de Dieu et les cruelles persécutions dont l'église avoit été affligée, le saint Docteur ajoute, qu'on ne regarde plus ces mariages comme criminels, n'y ayant rien effectivement dans le nouveau testament qui en fasse une défense formelle : *Quæ* ( matrimonia cum infidelibus ) *nostris temporibus jam non putantur esse peccata; quoniam reverà in novo testamento, nihil indè præceptum est, et ideò aut licere creditum est, aut velut dubium derelictum.*

244. Quoique les mariages des fidèles avec les infidèles ne fussent pas par eux-mêmes mauvais, et quoiqu'ils ne fussent pas absolument défendus par les livres saints, néanmoins lorsqu'ils pouvoient être une occasion aux fidèles de se pervertir, ils étoient mauvais dans ces circonstances, et compris dans la défense générale que Jésus-Christ nous fait dans l'évangile, de nous abstenir de tout ce qui peut nous être une occasion de péché et de chute : *Si oculus tuus scandalizat te, erue eum, et projice à te.*

Les mariages avec les infidèles se trouvoient souvent, dans ces circonstances, être pour les fidèles qui les contractoient, une occasion de chute, sur-tout dans les premiers siècles de l'église, où la partie fidèle avoit tout à craindre des sollicitations de la partie infidèle, auxquelles celle-ci étoit portée, tant par l'aversion qu'on avoit alors pour le christianisme, que par la tendresse conjugale qui la portoit à solliciter la partie fidèle à renoncer au christianisme, pour se soustraire aux persécutions.

C'est pour cela que Tertullien, dans son second livre à sa femme, et S. Cyprien, dans sa lettre *de lapsis*, s'élèvent avec tant de force contre le mariage des fidèles avec les infidèles : le zèle qu'ils avoient pour les en empêcher, les porta même jusqu'à regarder ces mariages comme étant mauvais en eux-mêmes, et défendus par les saintes écritures.

245. C'est par rapport au danger qu'il y avoit pour les fidèles de se marier avec les infidèles, que plusieurs conciles particuliers défendirent ces mariages.

Le concile d'Elvire, tenu en 305, sous l'empire de Constantius Chlorus et de Galerius, canon 15, défend de donner des filles chrétiennes en mariage aux païens : *Propter copiam puellarum, gentilibus minimè in matrimonium dandæ sunt virgines Christianæ, ne ætas in flore tumens, in adulterio animæ resolvatur.*

Par le canon suivant, le concile défend, pour la même raison, aux parents de donner leurs filles aux hérétiques qui ne voudroient pas rentrer dans l'église, ni aux juifs; et en cas de contravention, il soumet les parents à une pénitence de cinq ans.

Le danger étant bien plus grand lorsque c'est à des prêtres des idoles que des filles sont données en mariage, le concile ordonne qu'en ce cas les parents qui les leur ont données, seront privés de la communion, même à la mort : *Si qui sacerdotibus idolorum filias suas junxerint, placuit nec in fine eis dandam esse communionem*; can. 17.

Le concile d'Arles, tenu sous Constantin en 314, défend aussi les mariages des fidèles avec les infidèles, en soumettant à la pénitence les filles chrétiennes qui les contractent : *De puellis fidelibus quæ gentilibus junguntur, placuit ut aliquanto tempore à communione separentur*; can. 11.

Le concile de Laodicée (1) fait une distinction à cet égard entre les ecclésiastiques et les simples fidèles; il veut qu'il soit défendu sans distinction aux ecclésiastiques de donner leurs enfants en mariage à des héritiques : *Non oportet eos*

---

(1) L'année de la tenue de ce concile n'est pas certaine ; Fr. Pithou la rejette à l'an 364 ou 368. Binnius, dans ses notes sur ce concile, prétend qu'il est antérieur au grand concile de Nicée, tenu en 325. *Voyez lesdites notes, au premier tome du P. Labbe, page 1522.*

*qui sunt ecclesiæ, indiscriminatim suos filios hæreticis matrimonio conjungere ;* can. 10.

Quoique ces termes, *eos qui sunt ecclesiæ* (TOIS TÊS ECCLÈSIAS), puissent signifier tous les fidèles, néanmoins il paroît qu'ils sont pris ici seulement pour les ecclésiastiques, puisqu'il y a un autre canon, qui est le trente-unième, qui comprend les simples fidèles, où il est dit, *quòd non oportet cum omni hæretico matrimonium contrahere, vel dare filios aut filias, sed magis accipere, si se christianos futuros profiteantur.* Le concile n'a pas fait sans motif deux canons sur une même chose; il n'en paroît pas d'autre, sinon qu'il a cru qu'il seroit contre l'honneur du clergé, que les gens d'église eussent des hérétiques pour leurs gendres ou leurs brus. C'est pourquoi il veut qu'il ne puisse leur être permis, pour quelque cause et pour quelque prétexte que ce soit, de donner leurs enfants en mariage à des hérétiques. A l'égard des autres fidèles, il ne leur défend pas de même, *indiscriminatìm*, de marier leurs enfants à des héritiques; il le leur permet, lorsque c'est pour avoir chez eux l'hérétique à qui ils marient leur enfant, et que cet hérétique promet, ou au moins donne espérance de se convertir.

En Afrique, le troisième concile de Carthage, tenu l'an 397, avoit borné aux enfants des ecclésiastiques la défense des mariages des fidèles avec les païens et les hérétiques : *Placuit ut filii vel filiæ Episcoporum, vel quorumlibet Clericorum, gentilibus vel hæreticis, vel schismaticis matrimonio non jungantur.*

A l'égard des autres fidèles, le mariage ne leur étoit pas défendu avec les infièles, pourvu qu'il n'y eût pas lieu de craindre que ce mariage ne fût pour eux une occasion de se pervertir. C'est ce qui nous est attesté par S. Augustin, *suprà, n.* 220.

Le concile général de Calcédoine, tenu l'an 451, sous l'empereur Marcien, dans la défense qu'il fait au canon quatorzième, des mariages des fidèles avec les infidèles et les hérétiques, ne comprend non plus que les ecclésiastiques et les enfants des ecclésiastiques. Il ordonne par ce canon, que les lecteurs et les chantres, dans les provinces où il leur est permis de se marier, ne puissent se marier qu'à des catholiques; et il leur défend de marier leurs enfants, ou à des hérétiques, ou à des juifs, ou à des païens, à moins

qu'ils ne promissent de se convertir. Qu'il ne leur soit pas permis, dit le canon, *neque hæretico, vel judæo, vel gentili (liberos suos) matrimonio conjungere, nisi persona quæ orthodoxæ conjungitur, se ad orthodoxam fidem convertendam spondeat.*

Quoique le concile de Calcédoine eût borné sa défense aux ecclésiastiques, cela n'empêcha pas des églises particulières de conserver la discipline qu'elles observoient, de défendre généralement à tous les fidèles de se marier avec des infidèles ou des hérétiques, à moins que l'infidèle ou l'hérétique ne promît de se convertir. C'est pourquoi le concile d'Agde, tenu l'an 506, et par conséquent depuis le concile de Calcédoine, défend en général aux fidèles de se marier avec des hérétiques, à moins qu'ils ne promettent de se convertir. Il transcrit pour cet effet, presque de mot à mot, dans le soixante-septième de ses canons, le trente-unième de celui de Laodicée.

246. A l'exeption de ces églises particulières, il étoit laissé à la conscience des personnes qui vouloient se marier à des infidèles ou à des hérétiques, ou à celle des parents qui vouloient donner en mariage leurs enfants à des infidèles ou à des hérétiques, de se bien consulter avant de s'y déterminer, et de bien examiner si, selon les différentes circonstances, il y avoit lieu de craindre que ce mariage ne fût pour le fidèle une occasion de péché ou de chute. Et lorsqu'eu égard aux circonstances et aux dispositions des parties, on avoit reconnu que bien loin qu'il y eût lieu de craindre que ce mariage ne fût pour la partie fidèle une occasion de chute, il y avoit au contraire lieu d'espérer qu'elle pourroit un jour gagner à la vraie religion la partie infidèle, on pouvoit très-licitement contracter le mariage.

Nous avons plusieurs exemples de ces mariages, qui ont été suivis de la conversion de la partie infidèle. Saint Augustin nous apprend que Dieu accorda aux larmes et aux prières de sa mère sainte Monique, la conversion de Patrice son mari, qui étoit païen. Sainte Clotilde obtint pareillement de Dieu, par ses prières, la conversion de Clovis son époux, premier roi chrétien, qui fut suivie de celle d'un grand nombre de seigneurs et de soldats français. La conversion d'Agilulphe, prince arien, roi des Lombards, qui conquit, sur la fin du sixième siècle, une grande partie de l'Italie, fut due aux prières et aux soins de sa femme Théodelinde, aussi

bien que celle d'un grand nombre de Lombards qui étoient ou païens ou ariens. *Baronius, tome 8, sur l'an* 591, *n.* 49 *et* 50.

247. Observez que les conciles dont nous avons rapporté les canons, en défendant aux fidèles de se marier avec des infidèles ou des hérétiques, se bornoient à prononcer des peines canoniques contre les fidèles qui les contractoient; mais ils ne déclaroient pas nuls ces mariages. L'église alors, comme nous l'avons observé. *suprà, n.* 21 *et* 22, ne reconnoissoit d'autres empêchements dirimants de mariage, que ceux établis par les lois divines ou par les lois des princes séculiers.

Les second et troisième conciles d'Orléans, tenus dans le sixième siècle, l'un l'an 533, l'autre l'an 538, pourroient peut-être paroître déclarer nuls les mariages des chrétiens avec les juifs, en ce qu'ils ordonnent à ceux qui les ont contractés, de se séparer. Le second concile d'Orléans, au au canon 19, dit : *Placuit ut nullus christianus judæam, neque judæus christianam ducat uxorem, quare inter hujusmodi personas, illicitas nuptias esse censemus, qui si commoniti, à consortio hoc se separare distulerint, à communionis gratiâ sunt sine dubio submovendi.*

Le troisième dit au canon 13 : *Christianis interdicit ne judæorum conjugiis misceantur; quòd si fuerint, usque ad sequestrationem, quisquis ille est, communione repellatur.*

On peut répondre que la séparation que ces conciles ordonnent, n'est qu'une séparation d'habitation pour le temps que devra durer la pénitence à laquelle les contractants seront soumis, pour avoir contrevenu à la défense de l'église. En effet, ils ne déclarent pas nuls ces mariages; ils les déclarent seulement illicites : l'un des canons dit : *Inter hujusmodi personas,* ILLICITAS *nuptias esse censemus.* Il ne dit pas *invalidas.*

248. A l'égard des lois des empereurs sur cette matière, nous n'en avons que deux. L'empereur Constance défendit par une loi aux juifs, à peine de mort, de se marier à des femmes chrétiennes. C'est la loi sixième, *cod, theod. de Judæis, etc.*

Les empereurs Valentinien, Théodose et Arcade, défendirent non-seulement le mariage d'un juif avec une chrétienne, mais pareillement celui d'un chrétien avec une

femme juive, sous la même peine que celle de l'adultère (1); l. 2, *cod. Theod. de nupt.*; et l. 61, *cod, Theod. ad l. Jul. de adult.*

Justinien n'a pas inséré ces lois dans son code; ce qui prouve qu'elles n'étoient plus observées. Il paroît qu'elles ne l'étoient plus, même dès le temps du concile de Calcédoine, tenu sous l'empereur Marcien, puisque ce concile, en défendant aux ecclésiastiques de marier leurs enfants à des hérétiques, *des juifs*, ou des païens, ajoute à moins qu'ils ne promissent de se convertir.

149. Ces lois ne concernoient que les juifs; les mariages des chrétiens avec les païens n'étoient pas défendus, ainsi que nous l'atteste S. Augustin, qui étoit contemporain de l'empereur Valentinien. Néanmoins l'auteur des conférences de Paris, et celui du traité sur le mariage, de 1755, ont cru trouver dans la loi unique, *cod. Theod. de nupt. gentil.*, une défense des mariages des chétiens avec les païens; mais ces auteurs n'ont pas entendu cette loi. Il n'y est pas question de différence de religion. Valentinien et Valens y défendent le mariage entre les Romains et les étrangers. Il y est dit : *Nulli provincialium cum barbarâ sit uxore conjugium, nec ulli gentilium provincialis fœmina copuletur.* Il est défendu par cette loi aux Romains qui y sont appelés *provinciales*, c'est-à-dire, aux peuples des provinces sujettes à l'empire Romain, de s'allier par mariage avec les étrangers qui y sont appelés du nom de *Barbares* et de *Gentils*, tels qu'étoient alors les Francs, les Sarmates, les Suèves, etc. *Voyez le commentaire de Jacques Godefroy, sur cette loi.*

250. La plus ancienne loi qui ait prononcé la nullité des mariages des catholiques avec les hérétiques en général, de quelque secte qu'ils fussent, c'est le soixante-douzième canon du concile tenu à Constantinople l'an 692, dans la salle du dôme du palais de l'empereur, appelé pour cela le concile *in Trullo*, ou autrement le concile *Quini sextum*, parce qu'il avoit été assemblé pour servir de supplément au cinquième et au sixième conciles. Il y est dit, *Non licere virum cum muliere hæreticâ conjungi, neque orthodoxam cum viro hæretico copulari; si quod hujusmodi à quopiam factum apparuerit, irritas nuptias existimare, et nefarium conjugium dissolvi, etc.*

---

(1) Qui étoit alors la peine de mort, suivant la loi de Constantin.

Ce concile, que l'empereur Justinien II avoit assemblé, et qui étoit composé d'evêques, pour la plupart monothélites, fut regardé dans l'église latine comme un conciliabule auquel Sergius, qui occupoit alors le siége de Rome, refusa d'adhérer, nonobstant les ordres et les menaces de l'empereur. C'est pourquoi les canons qui ont été faits dans ce concile, quoique placés par les Grecs à la fin du sixième concile général, duquel on vouloit faire regarder ce concile comme un supplément, n'ont eu par eux-mêmes aucune autorité dans l'église latine, qui n'en a reçu que ce qu'elle a trouvé de conforme à sa discipline. Ce canon 72, qui déclaroit nuls les mariages des fidèles avec les hérétiques, et qui en cela étoit contraire à sa discipline, n'a pu y être reçu.

251 Depuis, on a continué de regarder les mariages des fidèles avec les hérétiques, comme dangereux, et en cela mauvais, même comme défendus. Mais je ne connois aucune loi séculière en France, ni aucun canon qui les ait déclarés nuls avant l'édit de Louis XIV, du mois de novembre 1680.

Le roi, par le préambule de cet édit, s'explique ainsi : Les canons des conciles ayant condamné les mariages des catholiques avec les hérétiques, comme un scandale public et une profanation du sacrement, nous avons estimé d'autant plus nécessaire de les empêcher à l'avenir, que nous avons reconnu que la tolérance de ces mariages expose les catholiques à une tentation continuelle de se pervertir, etc. Ensuite il est dit par le dispositif : Voulons et nous plaît qu'*à l'avenir* nos sujets de la religion catholique, apostolique et romaine ne puissent, sous quelque prétexte que ce soit, contracter mariage avec ceux de la religion prétendue réformée ; déclarant tels mariages non valablement contractés, et les enfants qui en viendront, illégitimes, etc.

N'y ayant plus aujourd'hui qu'une religion en France, les mariages n'y pouvant être valablement contractés qu'en face d'église, et les personnes qui les contractent étant par conséquent présumées catholiques, cet édit ne peut plus avoir aujourd'hui d'application.

# CHAPITRE IV.

Des dispenses qu'on accorde des empêchements de mariage qui se rencontrent dans les personnes.

Nous verrons sur cette matière, 1° à qui appartient le pouvoir d'accorder des dispenses pour les mariages; 2° quelles sont les espèces d'empêchements pour lesquels on en peut accorder. 3° Nous établirons des principes sur la concession des dispenses. 4° Nous parcourrons les différentes causes qu'on a coutume de proposer pour obtenir les dispenses de parenté et d'affinité. 5° Nous traiterons de la forme, tant des dispenses que de la supplique pour les obtenir, et de leur fulmination.

## ARTICLE PREMIER.

A qui appartient le pouvoir d'accorder des dispenses d'empêchements de mariage.

252. Les plus anciens empêchements de mariage de droit positif ayant été établis par la puissance séculière, c'est à cette puissance qu'il appartenoit d'en dispenser; car le législateur a seul le droit de dispenser de sa loi.

Par exemple, l'empêchement de mariage qui étoit chez les Romains entre un homme de condition honnête, et une femme qui avoit fait le métier de comédienne, étoit un empêchement établi par la loi civile. Justinien, par la loi 23, *cod. de nupt.*, permet à ces femmes, après avoir quitté cet état, de s'adresser à lui pour obtenir dispense de cet empêchement.

L'empêchement de mariage pour cause de parenté entre cousins germains, ayant été établi par la loi de Théodose le Grand, et par conséquent par la puissance séculière, c'étoit aux empereurs que l'on devoit s'adresser pour obtenir la dispense de cet empêchement. C'est ce que nous apprenons de la constitution d'Arcade et d'Honorius, telle qu'elle est rapportée en la loi unique, *cod. Theod. si nupt. ex rescrip. pet.*

Ces empereurs, après avoir, par le commencement de cette loi, défendu de s'adresser à eux pour avoir dispense

d'épouser des filles, sans avoir leur libre consentement et celui de leurs parents; et après avoir déclaré nulles et obreptices telles dispenses, si elles étoient obtenues, permettent ensuite, dans le cas auquel toutes les parties consentent au mariage, de s'adresser à eux pour obtenir des dispenses, s'il est par eux jugé à propos, des autres empêchements de mariage, et notamment de celui qui résulte de la loi de l'empereur leur père, de triomphante mémoire, qui a défendu le mariage entre cousins germains; duquel empêchement, disent-ils, leur père n'avoit pas défendu par sa loi de lui demander dispense : *Exceptis his quos consobrinorum, hoc est quarti gradûs conjunctionem Lex triumphalis memoriæ patris nostri, exemplo indultorum supplicare non vetavit.*

On ne voit pas que personne ait pensé alors que les empereurs, en se réservant d'accorder ces dispenses, aient excédé leur pouvoir, et entrepris sur celui de la puissance ecclésiastique.

Le roi Théodoric usoit aussi du pouvoir qu'ont les princes d'accorder des dispenses des empêchements de mariage qu'ils ont établis. Cassiodore, *Variorum, lib. 7, cap. 46,* nous rapporte la formule d'une dispense pour un mariage entre cousins germains.

253. L'église ayant le pouvoir d'établir des empêchements dirimants de mariage, comme nous l'avons vu *suprà, n. 19,* elle a aussi le pouvoir d'accorder des dispenses de ceux qu'elle a établis.

Les protestants ont contesté à l'église l'un et l'autre de ces droits. Ils ont prétendu qu'elle n'avoit pas le droit d'établir des empêchements dirimants de mariage, et qu'en conséquence elle n'avoit pu étendre la défense des mariages pour cause de parenté ou d'affinité, au-delà des degrés qui sont compris dans la loi du Lévitique. Ils ont, d'un autre côté, prétendu que l'église n'avoit pas le droit d'accorder des dispenses des empêchements de mariage.

C'est contre cette doctrine des protestants qu'a été fait le troisième canon de la vingt-quatrième session du concile de Trente, où il est dit : *Si quis dixerit eos tantùm consanguinitatum et affinitatis gradus qui in Levitico exprimuntur, posse impedire matrimonium contrahendum, et contractum dirimere, nec posse Ecclesiam in nonnullis eorum dispensare, aut constituere ut plures impediant aut dirimant, anathema sit.*

254. Je souscris très-sincèrement à ce canon : je ferai seulement une observation. Quoique l'église ait un droit incontestable d'accorder des dispenses des empêchements de mariage qu'elle a établis, et qu'en conséquence les personnes en qui ils se rencontrent, doivent, pour contracter mariage, obtenir des supérieurs ecclésiastiques ces dispenses, néanmoins comme les princes, en adoptant les canons qui ont établi ces empêchements, ont fait de ces canons des lois de leurs états, qui forment des empêchements dirimants de mariage, les dispenses que ces personnes en qui ils se rencontrent obtiennent du supérieur ecclésiastique, ne sont suffisantes qu'en tant qu'elles se trouvent autorisées par le prince séculier, au moins tacitement. Le prince, en permettant et souffrant que ses sujets contractent mariage en vertu de ces dispenses, est censé déclarer tacitement qu'il veut bien sur ces dispenses s'en rapporter aux supérieurs ecclésiastiues, et confirmer et autoriser les dipenses que les supérieurs clésiastiques accordent.

255. Observez aussi que, quoique l'empêchement de parenté entre cousins germains ait été établi par une loi de Théodose, et celui de l'alliance spirituelle par une loi de Justinien, et par conséquent par la puissance séculière, ils sont néanmoins regardés comme des empêchements de discipline ecclésiastique, pour la dispense desquels il est d'usage de se pourvoir devant les supérieurs ecclésiastiques. La raison est, que les peuples qui se sont établis sur les débris de l'empire Romain, n'ayant jamais été soumis aux lois des empereurs Romains, ne se sont soumis à ces empêchements de mariage, lorsqu'ils ont embrassé la religion chrétienne, que parce que ces empêchements se trouvoient faire partie de la discipline de l'église.

256. Chaque évêque a-t-il dans son diocèse le droit d'exercer le pouvoir qu'a l'église de dispenser des empêchements de mariage; ou ce droit est-il réservé au pape seul ? Fra-Paolo, dans son histoire du concile de Trente, nous apprend que les évêques français et espagnols demandèrent que, dans les canons qui parleroient des dispenses, il fût dit qu'elles seroient accordées par les évêques; mais que les Italiens s'y opposèrent de toutes leurs forces, et dirent que le but de ces évêques étoit de se faire autant de papes, et de se rendre indépendants du saint siége. La question ne fut pas

décidée; et on évita d'exprimer dans les canons du concile, par qui les dispenses seroient accordées.

Le concile, en la session 25, *cap.* 18, dit en termes généraux, que lorsqu'il y a lieu à la dispense, elle doit être accordée par ceux à qui il appartient de l'accorder : *Si urgens justaque ratio...... postulaverit ut cum aliquibus dispensandum esset, id causâ cognitâ ac summâ maturitate, atque gratis,* A QUIBUSCUMQUE AD QUOS DISPENSATIO PERTINEBIT ERIT PRÆSTANDUM.

Ce pouvoir, à le considérer en lui-même (abstraction faite de ce que l'usage a pu donner à cet égard au pape), est du droit épiscopal, qui, de droit commun, appartient à chaque évêque dans son diocèse. Les apôtres ont transmis aux évêques leurs successeurs, tout le pouvoir qu'ils avoient reçu de Jésus-Christ pour le gouvernement de l'église. Chaque évêque, de droit commun, doit jouir de tout ce pouvoir pour le gouvernement de son diocèse. De là il suit que chaque évêque est dans son diocèse le juge naturel de l'étendue que doivent avoir les canons, et des cas auxquels ils doivent souffrir exception, et dans lesquels on peut par conséquent en accorder la dispense.

Il est pareillement constant qu'il n'y a aucun canon en aucun temps, qui ait réservé au pape, à l'exclusion des évêques, le pouvoir d'accorder des dispenses des empêchements de mariage.

A l'égard de l'usage, il n'a pas été le même partout. Nous avons en France plusieurs diocèses dans lesquels les évêques se sont maintenus dans la possession d'accorder aux personnes de leurs diocèses des dispenses des empêchements de parenté et d'affinité au troisième et au quatrième degré. Tels sont, au rapport de l'auteur des conférences de Paris, le diocèse de Paris, celui de Châlons-sur-Marne, tous les diocèses des provinces de Guienne et de Languedoc, et plusieurs autres diocèses du royaume.

Il ne peut être douteux, à l'égard de ces diocèses, que les évêques n'y aient le droit d'accorder ces dispenses, puisqu'ils réunissent pour cela le droit que l'épiscopat leur donne, et la possession de ce droit.

Il est vrai que, même dans ces diocèses, le pape peut aussi accorder ces dispenses aux parties qui s'adressent à lui : la longue possession en laquelle il est de les accorder, lui donne ce droit de concurrence.

257. Il y a un grand nombre d'autres diocèses en France,

dans lesquels le pape est seul en possession d'accorder toutes les dispenses de parenté, d'affinité et autres, et dans lesquels il n'y a pas de mémoire que les évêques aient jamais accordé ces dispenses, si ce n'est aux pauvres. C'est à l'égard de ces évêques qu'il y a lieu à la question de savoir, si le pape n'a pas acquis par prescription un droit exclusif d'accorder dans ces diocèses les dispenses des empêchements de mariage.

On dit pour le pape, qu'un usage qui ne renferme rien qui soit défendu par le droit naturel ou divin, sur-tout lorsqu'il est fondé en quelque raison, est une loi non écrite, qui n'a pas moins de force qu'une loi écrite : *Mos est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta.*

C'est pourquoi, quoiqu'il n'y ait aucune loi ecclésiastique écrite qui ait réservé expressément au pape le pouvoir d'accorder les dispenses des empêchements de mariage, l'usage immémorial dans lequel est le pape d'accorder dans ces diocèses les dispenses à l'exclusion des évêques, tient lieu d'une loi ecclésiastique écrite qui le lui auroit réservé. Cet usage est (dit-on) fondé en raison, en ce qu'en rendant les dispenses plus difficiles à obtenir, il empêche la discipline ecclésiastique de recevoir à cet égard de trop fréquentes atteintes.

On ajoute que dans ces diocèses, les évêques ont constamment reconnu ce droit exclusif qu'a le pape d'accorder les dispenses des empêchements de mariage, non-seulement en s'abstenant d'en accorder aucune, si ce n'est à des pauvres, mais encore en souffrant que leurs officiaux fulminent les dispenses que le pape leur adresse : plusieurs même l'ont reconnu formellement dans leurs statuts synodaux. Nous en avons un dans notre diocèse d'Orléans, de M. d'Elbene, dans le dix-septième siècle, où il est dit : *In impedimentis quæ diriment matrimonium, ubi dispensationi locus est, auctoritate tantùm Apostolicâ dispensatur;* cod. stat. Aurel., tit. de matrim., pag. 5.

Il y a des évêques à qui le pape donne des indults pour accorder les dispenses de parenté ou d'affinité. Ces évêques, en recevant ces indults, reconnoissent bien formellement que le droit d'accorder ces dispenses appartient au pape seul, et qu'ils ne l'ont pas par eux-mêmes. Enfin le concile de la province de Tours, assemblé en 1583, déclare expressément,

au titre *de matrimonio : In quarto consanguinitatis et affinitatis necnon spiritualis cognationis prohibitis gradibus suprà expressis, episcopis dispensare non licere declaramus.*

On dit au contraire pour les évêques, que c'est un principe qu'un droit qui consiste dans une faculté qu'on a de droit commun, n'est pas sujet à prescription. Par exemple, le droit qu'a le propriétaire d'un héritage tenu en fief, de chasser sur cet héritage, ne se perd pas par la prescription, quand même ce propriétaire ni ses prédécesseurs n'auroient jamais, de mémoire d'homme, usé de cette faculté. Le seigneur de qui relève ce fief, qui y auroit chassé, ne pourroit pas prétendre avoir acquis par prescription le droit d'y chasser à l'exclusion de ce propriétaire. Suivant ce principe, le droit qu'a un évêque d'accorder dispenses des empêchements de mariage, étant une faculté qu'il a de droit commun comme évêque, ne doit pas être sujet à prescription ; d'autant plus que ces dispenses ne devant s'accorder que très-rarement et pour de grandes causes, si lui ni ses prédécesseurs, pendant un temps immémorial, n'ont pas accordé de dispenses, il a pu se faire que le cas ne se soit pas présenté. On ne doit donc pas imputer à négligence s'ils n'ont pas usé de leur droit : c'est plutôt un effet de leur exactitude à observer les canons; et il seroit injuste que cette exactitude leur fît perdre leur droit.

On peut encore dire, pour les évêques contre lesquels on prétend que le pape a acquis par prescription le droit exclusif d'accorder des dispenses, que ces évêques sont en possession d'en accorder aux pauvres; que par celles qu'ils accordent aux pauvres, ils se conservent la possession du droit que l'épiscopat leur donne d'accorder ces dispenses, et par conséquent aux riches aussi bien qu'aux pauvres : car le droit d'accorder aux riches des dispenses, n'est pas un droit différent de celui de les accorder aux pauvres; c'est un seul et même droit. Les évêques, par les dispenses qu'ils accordent aux pauvres, se conservent donc la possession du droit qu'ils ont de les accorder, et sans différence des personnes, soit aux riches, soit aux pauvres.

Quant à ce qu'on dit que les évêques ont reconnu continuellement le droit du pape, en souffrant que leurs officiaux fulminassent les dispenses que le pape leur adresse, il est facile de répondre que les évêques reconnoissent par là seu-

lement le droit du pape, concurremment avec eux, d'accorder ces dispenses aux personnes qui s'adressent à lui, mais non pas le droit exclusif qu'on lui attribue.

A l'égard de l'argument tiré de ce que plusieurs évêques ont reconnu ce droit exclusif, on répond que cette reconnoissance que ces évêques, par ignorance de leurs droits, ont faite de ce droit exclusif qu'on attribue au pape, ne doit préjudicier à leurs successeurs, ni encore moins aux autres évêques qui, sans renoncer à leur droit, n'en ont pas usé. Le fait de plusieurs de leurs collègues qui sont en possession d'user de ce droit, doit plutôt le conserver aux évêques qui n'en ont pas usé, que le fait de ceux qui, par ignorance, y ont renoncé, ne doit le leur faire perdre.

On a coutume aussi d'alléguer sur cette matière un arrêt du 11 février 1638, qui est au recueil de Bardet, *l. 7, ch.* 12, par lequel, sur l'appel comme d'abus d'une dispense accordée par l'évêque de Poitiers, qu'on prétendoit n'avoir pas ce pouvoir, la cour mit les parties hors de cour. Mais on ne peut guère tirer avantage de cet arrêt, paroissant par ce que Bardet rapporte du plaidoyer de M. Talon, sur les conclusions duquel l'arrêt est intervenu, que les parties à qui cette dispense avoit été accordée, étoient pauvres, et qu'elle n'avoit été accordée que depuis le mariage contracté de bonne foi, pour un empêchement qui n'avoit été connu que depuis.

Il me suffit d'avoir rapporté ce qu'on a coutume de dire pour et contre; il ne m'appartient pas de dire mon avis sur une question de cette importance.

258. Dans les diocèses où les évêques se sont maintenus dans la possession d'accorder les dispenses des empêchements de parenté et d'affinité au troisième et au quatrième degré, leurs vicaires-généraux peuvent-ils les accorder lorsque l'évêque ne s'est pas réservé ce droit? L'auteur des conférences de Paris en fait une question; mais je n'y vois pas l'ombre de difficulté. Ce droit, dans la possession duquel ces évêques se sont maintenus, fait partie des droits de la juridiction ordinaire attachée à l'épiscopat. Or c'est un principe de droit, que tout ce qui fait partie de la juridiction ordinaire, passe au délégué, sauf ce que le déléguant en auroit excepté, et se seroit réservé.

259. Par la même raison, dans ces diocèses, les vicaires-

généraux du chapitre, *Sede vacante*, peuvent accorder ces dispenses. Les officiaux ne peuvent les accorder; car ce n'est que la juridiction contenticuse qui leur est déléguée.

260. Lorsqu'un évêque n'accorde les dispenses qu'en vertu d'un indult du pape, ses vicaires-généraux peuvent-ils les accorder? D'héricourt, *p.* 1, *ch.* 2, *n.* 13, décide qu'ils le peuvent. Sa décision me paroît contraire aux principes de droit. L'évêque n'étant lui-même, par cet indult, qu'un délégué du pape, il ne peut pas déléguer à ses vicaires-généraux la juridiction qui lui a été déléguée : *Mandatum sibi jurisdictionem mandare alteri neminem posse manifestum est;* l. 5, ff. *de off. ejus cui mand. More majorum ità comparatum est, ut is demùm jurisdictionem mendare posset, qui eam suo jure, non alieno beneficio haberet;* l. 5, ff. *de jurisd. Quæ specialiter.... tribuuntur mandata jurisdictionem non transferuntur; quæ verò jure magistratûs competunt* (c'est-à-dire, les seules choses qui font partie de la juridiction ordinaire), *mandari possunt;* l. 1, ff. *de off. ejus cui mand.*

261. Les chapitres, abbés et autres qui ont une juridiction *quasi-episcopale* dans un certain territoire, peuvent-ils accorder dispense des empêchements de mariage dans les diocèses où les évêques se sont maintenus en possession de les accorder? Il est certain qu'ils ne le peuvent, s'ils n'en sont en possession; et même dans le cas où ils auroient une possession, il y auroit lieu d'en douter. Ces juridictions *quasi-episcopales* sont très-défavorables.

## ARTICLE II.

### Pour quelles espèces d'empêchements peut-on obtenir dispense.

262. Il est évident qu'on ne peut obtenir dispense pour les espèces d'empêchements qui ont leur fondement, ou dans la nature même du mariage, ou dans le droit naturel ou divin, ou dans l'honnêteté publique.

Pour savoir plus particulièrement quelles sont les différentes causes d'empêchements pour lesquels on peut, ou non, obtenir dispense, nous allons sommairement les parcourir toutes.

Nous avons rapporté dans la première section six causes d'empêchements dirimants, que nous avons appelés *absolus;* savoir, le défaut de raison, le défaut de puberté, l'impuis-

sance, l'engagement d'un mariage subsistant, l'engagement dans les ordres sacrés, et la profession religieuse.

Les quatre premières espèces de ces empêchements étant fondées dans la nature même du mariage, il est évident qu'on ne peut en obtenir dispense.

263. Quoique l'empêchement que forment les ordres sacrés, ne soit que de droit positif, néanmoins on n'a pas coutume d'en accorder la dispense : les papes l'ont accordée quelquefois à des princes, pour le bien d'un état. On l'accorde aussi quelquefois à des particuliers, lorsqu'ils n'ont pas monté plus haut qu'au sous-diaconat, sur-tout lorsqu'ils y ont été engagés par contrainte.

264. La dispense de l'empêchement de la profession religieuse peut encore moins s'obtenir.

Quand même le pape auroit dispensé un religieux de ses vœux, et lui auroit permis de se marier, ce religieux qui, par sa profession religieuse, a perdu l'état civil, et qui est regardé dans l'ordre civil comme mort, et comme n'existant point, ne pourroit pas contracter un mariage qui eût les effets civils : car l'état civil étant dans l'ordre politique, la puissance du pape, qui est toute spirituelle, et qui ne peut être exercée en France sur le temporel, et sur les choses qui sont de l'ordre politique, ne peut pas rendre à ce religieux, par la dispense qui lui seroit accordée de ses vœux, l'état civil qu'il a perdu : il n'y a que le roi qui puisse alors le rendre à ses sujets.

Le cas d'un religieux qui a obtenu une sentence de l'official de son diocèse, qui déclare nuls les vœux de religion qu'il a faits, est un cas très-différent. L'official étant, suivant nos lois, compétant pour juger de la validité ou invalidité des vœux, qui est une matière spirituelle, la sentence de cet official fait une foi juridique, que la profession religieuse de ce prétendu religieux n'a pas été valablement faite; d'où on tire la conséquence qu'il n'a jamais perdu l'état civil, qui ne peut se perdre que par une profession valablement faite, et par conséquent rien n'empêche que cette personne, qui n'a été religieux qu'en apparence, *habitu tenùs*, et qui ne l'a jamais été véritablement, ne puisse contracter un mariage qui ait les effets civils.

L'official ne rend pas à cette personne l'état civil qu'elle n'a jamais perdu. Il ne prononce pas même directement sur

l'état civil de cette personne, qui n'est pas de sa compétence : il ne prononce que sur l'invalidité des vœux; et ce n'est que par une conséquence qu'on tire de la sentence, qu'on juge que cette personne n'a jamais perdu l'état civil.

265. Passons maintenant aux neuf différentes espèces d'empêchements dont nous avons traité dans la seconde section. La première est celle de la parenté.

Il faut, à l'égard de la parenté, distinguer les lignes et les degrés.

Il est évident que l'empêchement de parenté dans la ligne directe, en quelque degré que soit la parenté, n'est pas susceptible de dispense; cet empêchement ayant son fondement dans le droit naturel, qui a fait regarder chez toutes les nations comme incestueuse l'union des personnes qui se touchent de parenté dans cette ligne.

266. A l'égard de la parenté de la ligne collatérale, on n'accorde pas de dispense pour le mariage du frère et de la sœur; cet empêchement étant fondé dans le droit naturel et dans la loi du Lévitique, qui défend ce mariage, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 133.

267. Le mariage du neveu avec sa tante, ne paroît pas non plus susceptible de dispense. Il est expressément défendu par la loi du Lévitique, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 133, et le respect que le neveu doit à sa tante, ne permet pas qu'elle devienne sa femme, et qu'elle soit en cette qualité soumise à sa puissance.

268. Il pourroit sembler que le mariage de l'oncle avec sa nièce, ne devroit pas non plus être susceptible de dispense. Quoiqu'il ne soit pas expressément défendu par la loi du Lévitique, comme l'est celui de la tante avec son neveu, néanmoins la même raison paroît se rencontrer.

La raison que le Lévitique a exprimée pour défendre le mariage de la tante avec son neveu, est parce que la tante étant la sœur du père ou de la mère du neveu, elle est un même sang avec le père ou la mère de son neveu : *Turpitudinem sororis patris tui non discooperies, quia caro est patris tui: turpitudinem sororis matris tuæ non revelabis, eo quòd caro sit matris tuæ.* Or cette raison se recontre à l'égard du mariage de l'oncle avec sa nièce; l'oncle étant le frère du père ou de la mère de sa nièce, il est une même chair avec le père ou la mère de sa nièce.

Ajoutez que ce mariage a été regardé constamment, même dès le temps du paganisme, comme contraire au droit naturel, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 134.

L'empereur Zénon, en la loi 2, *cod. si nupt. ex rescr. pet.* appelle ce mariage *nefandum scelus :* il défend de lui demander dispense pour le contracter : *Precandi quoque in posterum super tali conjugio, imò potiùs contagio, cunctis licentiam denegamus.*

Nous avons néanmoins des exemples de dispenses accordées pour le mariage de l'oncle avec la nièce. Le pape Alexandre IV, dans le treizième siècle, accorda cette dispense à Waldemare, roi de Suède, pour épouser Sophie, fille de Eric (ou Henri), roi de Danemarck, son frère. Otto, qui rapporte ce fait, *Hist.* 19, *chap,* 18, remarque que ce pape eut bien de la peine à accorder cette dispense qu'il avoit d'abord refusée, et qu'il ne se détermina à l'accorder que par la considération des grands avantages qui en devoient résulter pour les deux royaumes.

Un autre exemple célèbre, est celui de la dispense accordée à Philippe II, roi d'Espagne, pour épouser en quatrièmes noces Anne d'Autriche, fille de l'empereur Maximilien son frère.

Ces dispenses, depuis, sont devenues fréquentes, et nous avons sous nos yeux des exemples de semblables dispenses accordées à de simples bourgeois. Il ne nous appartient pas d'y trouver à redire.

269. Quoique le concile de Trente eût défendu d'accorder des dispenses pour le mariage des cousins germains, si ce n'est à de grands princes, et pour des raisons d'état, *In secundo gradu nunquam dispensetur, nisi inter magnos principes, et ob publicam causam; sess.* 24, *cap.* 5, *tit. de reform. matrim.,* néanmoins il est d'usage aujourd'hui en cour de Rome, d'accorder dispenses pour le mariage des cousins germains, à tous ceux qui les demandent.

On accorde, à plus forte raison, des dispenses pour le mariage des cousins qui sont en degré plus éloigné.

270. Quant à la seconde espèce d'empêchement, qui est l'affinité, il faut, de même qu'à l'égard de la parenté, distinguer les lignes et les degrés. Il est évident que l'empêchement d'affinité dans la ligne directe, en quelque degré que ce soit, n'est pas susceptible de dispense; cet empêchement

ayant, comme nous l'avons vu, son fondement dans la loi naturelle et dans la loi du Lévitique.

A l'égard de l'affinité de la ligne collatérale, quoique la loi du Lévitique défende expressément le mariage d'un frère avec la veuve de son frère, néanmoins nous avons un célèbre exemple de dispense accordée dans ce cas; c'est celui de la dispense accordée par Jules II à Henri VIII, roi d'Angleterre, pour épouser Catherine d'Aragon, veuve de son frère Arthus. Nous avons encore depuis, l'exemple de la dispense accordée par le pape Innocent X à Casimir, roi de Pologne, pour épouser Marie de Gonzague, veuve de son frère Uladislas.

On dit, pour autoriser ces dispenses, que les mariages de Catherine d'Aragon avec Arthus, et celui d'Uladislas, n'avoient pas été consommés; ce qui les met hors du cas de la loi portée au Lévitique, qui ne paroît défendre d'épouser la veuve de son frère que lorsqu'elle avoit consommé le mariage, comme le font entendre ces termes : *Turpitudinem uxoris fratris tui non revelabis, quia turpitudo fratris tui est.*

On en accorde pour toutes les autres espèces d'affinité de la ligne collatérale. L'auteur du journal des audiences nous rapporte l'espèce d'un arrêt du 22 janvier 1683, rendu sur l'appel comme d'abus interjeté d'une dispense accordée en cour de Rome au sieur Vaillant, médecin de Beauvais, pour épouser la sœur de sa défunte femme. Quoique les raisons contre la dispense, qui nous sont rapportées par l'auteur, fussent très-fortes, néanmoins la cour, par arrêt du 23 février 1683, confirma le mariage. Depuis, on a accordé beaucoup d'autres semblables dispenses, et les exemples en sont devenus fréquens. Nous avons, à Orléans, l'exemple d'un particulier qui a obtenu des dispenses pour épouser successivement les deux sœurs. On dit, pour les autoriser, que la loi du Lévitique, 18, 12, défendoit aux juifs d'avoir pour femmes les deux sœurs en même temps : *Sororum uxoris tuæ in pellicatum illius non adduces, nec revelabis turpitudinem ejus* ADHUC ILLA VIVENTE : d'où on conclut qu'elle ne défend pas, au moins expressément, de les épouser successivement.

Saint Basile pensoit bien différemment, lui qui dans une de ses lettres à Diodore, qui est la cent quatre-vingt-dix-septième dans l'édition de Paris. de 1638, dit que demander si on peut épouser la sœur de sa défunte femme, est une demande qui fait horreur : *Interrogatus à quoquam liceatne demortuæ uxo*

*ris sororem matrimonio ducere, ab eâ quæstione non abhorruerit.* Ensuite il rapporte l'objection qu'on faisoit tirer de ces termes *adhuc illâ vivente*, pour en conclure qu'il n'est pas défendu d'épouser les deux sœurs successivement, et il nie cette conséquence.

Nous avons à Orléans un exemple de dispense accordée à un homme pour épouser la veuve de son oncle paternel, quoique cette veuve lui tînt lieu de mère, et que cette alliance paroisse expressément défendue par la loi du Lévitique : *Turpitudinem patrui tui non revelabis, nec accedes ad uxorem ejus;* Lévit. 18, 14.

Cette dispense pour le mariage d'un neveu avec la veuve de son oncle, a été confirmée par un arrêt du parlement de Toulouse, de l'an 1609, rapporté au cinquième tome des mémoires du clergé.

271. Passons aux autres espèces d'empêchement. La troisième espèce de ceux que nous avons rapportés en la seconde section, est celui qui résultoit de la parenté civile que formoit l'adoption : l'adoption n'étant plus en usage, il ne peut plus y avoir lieu n'y à l'empêchement, ni à la dispense.

La quatrième espèce d'empêchement est la parenté spirituelle : on en accorde facilement la dispense.

272. L'empêchement que nous avons rapporté en cinquième lieu, est celui qu'on appelle *d'honnêteté publique*, et qui résulte des fiançailles, ou d'un mariage non consommé. Il est évident que l'honnêteté publique est une chose qui n'est pas susceptible de dispense : on ne peut pas honnêtement permettre ce que l'honnêteté publique défend. C'est pourquoi l'honnêteté publique qui défend le mariage de l'un des fiancés, ou de l'un des deux conjoints par mariage non consommé, avec les parents de la ligne directe de l'autre fiancé ou de l'autre conjoint par mariage, ne permet pas qu'on puisse accorder des dispenses pour ces mariages.

Il n'en est pas de même des mariages de l'un des fiancés ou conjoints, avec les parents de la ligne collatérale de l'autre : ces mariages ayant été long-temps permis et régardés comme honnêtes, ne peuvent pas paroître contraires à l'honnêteté publique proprement dite, qui est invariable. L'honnêteté publique dont est prétexté l'empêchement de ces mariages, n'est que de droit arbitraire, et est par conséquent susceptible de dispense.

273. L'empêchement que nous avons rapporté en sixième lieu, qui résulte du rapt, n'est pas susceptible de dispense. Il est évident que la dispense qui seroit accordée à un ravisseur, d'épouser la personne ravie qu'il retient en sa puissance, seroit contraire aux bonnes mœurs, puisqu'elle autoriseroit son crime.

274. A l'égard des empêchements que nous avons rapportés en septième et huitième lieu, il est évident qu'on ne doit pas accorder dispense à une femme d'épouser son adultère, ou le meurtrier de son mari, (dans les cas auxquels les règles de l'église le défendent) lorsque les parties n'ont pas encore passé à la célébration de ce mariage. Une telle dispense autoriseroit et récompenseroit le crime, et seroit par conséquent contraire aux bonnes mœurs.

Mais lorsque les parties, nonobstant l'empêchement dirimant résultant du crime qui n'étoit connu que d'elles, ont passé dans le fait à la célébration de leur mariage, il est d'usage qu'on leur accorde à Rome, par un bref de pénitencerie, une dispense pour valider leur mariage. Cette dispense, qui est accordée pour empêcher le scandale qui résulteroit de leur séparation, et de la manifestation du crime à laquelle leur séparation pourroit donner lieu, a des motifs très-honnêtes.

275. L'empêchement que nous avons rapporté en dernier lieu, qui résulte de l'édit de 1680, qui défend le mariage des catholiques avec ceux de la religion prétendue réformée, étant un empêchement dirimant établi par la loi du prince, le roi seul avoit le pouvoir d'en accorder dispense. N'y ayant plus à présent qu'une religion en France, il ne peut plus y avoir lieu ni à cet empêchement, ni à la dispense.

## ARTICLE III.

### Principes sur la concession des dispenses des empêchements de mariage.

Nous verrons en premier lieu, dans un premier paragraphe, quelle est la nature du pouvoir qu'ont les supérieurs ecclésiastiques d'accorder des dispenses. Nous ferons, dans le paragraphe suivant, l'application du principe, sur la nature de ce pouvoir, aux dispenses de mariage.

## §. I. De la nature du pouvoir qu'ont les supérieurs ecclésiastiques d'accorder des dispenses.

276. Le pouvoir qu'ont les supérieurs ecclésiastiques d'accorder des dispenses, me paroît devoir être défini : le droit qu'a le supérieur ecclésiastique de déclarer juridiquement et avec autorité, que celui qui demande dispense, est dans un cas auquel la règle doit souffrir exception, et duquel il estime en sa conscience, que les auteurs de la règle, s'ils l'eussent prévu, eussent eux-mêmes fait un cas d'exception.

La dispense est la déclaration juridique faite par le supérieur ecclésiastique, que celui à qui elle est accordée est dans un de ces cas d'exception. Pour établir nos définitions, nous remarquerons qu'il y a une grande différence à l'égard du pouvoir d'accorder les dispenses entre le prince séculier et les supérieurs ecclésiastiques.

Le prince séculier, qui est souverain, et qui a dans lui seul le droit de faire des lois dans ses états, a aussi le droit en lui seul de les abroger et d'y déroger à son gré : et comme il peut déroger à une loi à l'égard de tous ses sujets, il peut aussi, lorsqu'il le juge à propos, déroger à sa loi, à l'égard seulement de quelqu'un de ses sujets, en lui accordant la dispense de l'observer.

Il n'a besoin d'autre raison pour accorder la dispense, que de celle qu'il exprime par ces termes : *Car tel est notre plaisir.*

Il n'en est pas de même des supérieurs ecclésiastiques : ils n'exercent pas une souveraineté dans l'église ; ils n'y exercent qu'un ministère dont ils sont comptables à l'église. Ils sont tous, sans en excepter le pape, soumis à ses règles ; ils ne peuvent y déroger en rien, ni les altérer en rien ; ils doivent montrer aux fidèles l'exemple de l'obéissance aux règles de l'église : il s'en faut donc bien qu'ils puissent leur permettre de les enfeindre, en leur accordant, sans un juste sujet, la dispense de les observer.

Mais comme les règles de l'église, qui ont été faites par des hommes, sont, comme toutes les lois humaines, sujettes à souffrir des exceptions, et que lorsqu'elles ont été faites, on n'a pu prévoir tous les cas qui peuvent se présenter, auxquels la règle devroit souffrir exception, l'église a laissé à ses ministres le pouvoir de juger de ces cas qui pourroient

se présenter, et d'accorder dispense de la règle, lorsque le cas leur paroîtra tel, que s'il eût été prévu lorsqu'on a fait la règle, on en eût fait un cas d'exception.

Ce n'est que dans ces cas que les supérieurs ecclésiastiques, sans en excepter le pape, peuvent valablement, au moins pour le for de la conscience, accorder dispense des règles de l'église : celles qu'ils accordent hors ces cas, sont des abus de leur pouvoir; et quoiqu'elles soient valables dans le for extérieur, la présomption étant que le supérieur qui les a accordées, a un juste sujet de les accorder, néanmoins les parties qui les ont obtenues ne peuvent, dans le for de la conscience, s'en servir sans se rendre coupables devant Dieu de l'infraction à la règle.

C'est ce qu'enseigne Van-Espen, *dispens. matrim. cap.* 8, *n.* 3, d'après Bellarmin, *epist. ad nepot. contr.* 5, qui ne doit pas être sur ce point un auteur suspect : *Plerique se securos, existimant, dicentes : Papa dispensavit, ipse viderit, ego sum immunis. Hic cavillus*, dit Bellarmin, *securos multos reddit, tutum verò neminem, quoniam Papa* NON EST DOMINUS, SED DISPENSATOR; *ideòque qui iniquam dispensationem petit, iniquitatis causa est, et qui eâdem utitur, eâdem semper irretitur iniquitate.*

### §. II. Application du principe aux dispenses des empêchements de mariage.

277. Le pouvoir qu'ont les supérieurs ecclésiastiques d'accorder des dispenses, devant se borner, comme nous l'avons établi, aux seuls cas pour lesquels il est vraisemblable qu'on eût fait une exception à la règle, s'ils eussent été prévus lorsque la règle a été établie, le concile de Trente en a tiré cette conséquence, que les dispenses des empêchements de mariage ne doivent s'accorder que très-rarement, parce qu'il est très-rare que les personnes qui demandent ces dispenses se trouvent dans des cas à l'égard desquels on peut dire qu'ils eussent fait une exception à la règle, s'ils eussent été prévus.

C'est pour cela que nous ne voyons pendant les douze ou treize premiers siècles de l'église, presque aucun exemple de dispenses accordées pour contracter des mariages dans les degrés prohibés de parenté ou d'affinité.

Dans le huitième siècle, un François s'étant vanté d'avoir

obtenu du pape Grégoire III une dispense pour épouser une femme qui étoit la veuve de son oncle, et qui avoit pris l'habit de religion, le pape Zacharie, successeur de Grégoire, dans sa lettre à Boniface, qui l'en avoit informé, traite d'imposture cette prétendue dispense : *Absit*, dit-il, *ut prædecessor noster hoc ità credatur præcepisse; nec enim ab hâc Apostolicâ Sede illa diriguntur, quæ contraria Patrum sive canonum institutis reperiuntur.* Cette lettre est rapportée au sixième tome des conciles du P. Labbe, *pages* 1498 *et suiv.*

Quelle dispense fut jamais plus légitime et plus solemnelle, que celle qu'obtint le roi Robert pour épouser sa cousine Berthe, des évêques de son royaume assemblés pour cet effet, après une grande connoissance de cause, pour des raisons d'état et de bien public? Néanmoins le pape Silvestre II excommunia les parties et les évêques qui avoient accordé la dispense; et quoique cette dispense fût très-légitime, et l'excommunication très-injuste, le pieux roi Robert et sa femme Berthe, pour arrêter le scandale que causoit leur mariage, consentirent de se séparer.

278. On prétend qu'un des premiers exemples de dispenses accordées pour cause de parenté, fut celui que le pape Innocent III accorda à Othon IV, empereur, pour épouser la fille de Philippe, son compétiteur, qui étoit sa parente au quatrième degré. L'historien qui rapporte ce fait, dit que cette dispense fut accordée sur les instantes prières du clergé et du peuple, pour la pacification de l'empire; Arnoul de Lubec, *in Chronico Sclavorum.* Un autre historien ajoute, que pour obtenir la dispense, les abbés de Cîteaux et de Cluny promirent de faire réparer par une grande quantité d'œuvres pieuses de leurs moines, l'atteinte que cette dispense donnoit à la discipline; *Otho de S. Blasio.*

279. Le concile de Trente a voulu rappeler l'ancien esprit de l'église, en ordonnant qu'on n'accordera point de dispenses pour contracter mariage contre les règles de l'église; ou du moins qu'on ne les accordera que rarement, pour de justes sujets, et gratuitement : *In contrahendis matrimoniis vel nulla omninò detur dispensatio, vel rarò, idque ex causâ, et* GRATIS *concedatur; Sess.* 14, *cap.* 5, *de reform. matrim.*

Ce décret du concile de Trente, qui renouveloit l'ancienne discipline sur les dispenses des empêchements de mariage, n'est pas bien observé. On accorde en cour de

Rome des dispenses des empêchements de parenté ou d'affinité, pour des causes très-légères. On peut dire, pour excuser ce relâchement de discipline, et la facilité qu'on a aujourd'hui d'accorder des dispenses des empêchements de parenté et d'affinité, au moins à l'égard des degrés plus éloignés que celui des cousins germains, que si on étoit si difficile autrefois pour accorder ces dispenses, c'est que sur la foi des fausses décrétales, on étoit persuadé que la défense des mariages dans les degrés de parenté et d'affinité auxquels elle avoit été étendue, avoit toujours eu lieu dans l'église : le respect qu'on avoit pour une discipline qu'on croyoit avoir été de tous les temps et de tous les lieux, ne permettoit pas de croire qu'on pût facilement s'en écarter et en accorder dispense. Mais la critique ayant depuis découvert la fausseté de ces décrétales, et étant constant aujourd'hui que la défense des mariages au-delà du degré des cousins germains n'a commencé à s'introduire que dans le sixième siècle, et que les raisons pour lesquelles ces mariages ont été défendus, sont peu importantes, on a cru qu'on pouvoit être facile à accorder des dispenses de la défense de contracter mariage dans ces degrés, en attendant que dans un concile général l'église abroge cette défense.

§. III. Distinction, à l'égard de la concession des dispenses, entre les mariages qui n'ont pas encore été contractés, et ceux à la célébration desquels les parties ont déjà passé.

280. Les supérieurs ecclésiastiques doivent faire une grande différence entre les dispenses qu'on leur demande pour contracter un mariage contre les règles de l'église, qui ne l'a pas encore été, et entre celles qu'on leur demande pour valider un mariage qui a été célébré contre les règles de l'église. Ils doivent être très-difficiles à accorder la dispense dans le premier cas; car en permettant par leur dispense, de contracter, contre les règles de l'église, un mariage qui ne l'a pas encore été, c'est permettre expressément l'infraction de la règle; c'est l'approuver et l'autoriser expressément. Ils peuvent être plus faciles à accorder dispense pour valider un mariage à la célébration duquel les parties ont déja passé; car en ce cas, ils ne permettent pas expressément par leur dispense l'infraction de la règle, ils ne l'approuvent pas, ils ne l'autorisent pas comme dans le cas précédent; ils tolèrent

seulement l'infraction qui a été faite à la règle, pour éviter un plus grand mal qui résulteroit du scandale et des inconvéniens que causeroit la dissolution du mariage.

C'est sur le fondement de cette distinction que nous avons vu *suprà, n.* 274, qu'on n'accordoit pas de dispenses à une femme pour épouser son adultère ou le meurtrier de son mari, dans le cas où les règles de l'église défendent ces mariages, mais que les parties ayant passé à la célébration du mariage, on leur accordoit une dispense pour le valider.

281. Dans le cas où les parties ont passé à la célébration d'un mariage contre les règles de l'église, il y a encore une autre distinction importante à faire, qui est de savoir, si c'est par ignorance qu'elles ont célébré ce mariage, ou si c'est avec connoissance de l'infraction qu'elles faisoient aux règles de l'église en le célébrant. On doit être facile à leur accorder la dispense, lorsque c'est par ignorance qu'elles ont célébré le mariage : on doit au contraire être difficile à la leur accorder, lorsqu'elles ont eu connoissance de l'infraction qu'elles commettoient en le célébrant : les parties en ce cas en sont indignes; et d'ailleurs la facilité qu'on auroit à la leur accorder, pourroit porter d'autres personnes à enfreindre exprès la règle, dans la confiance d'en obtenir la dispense. Nous trouvons cette distinction dans le concile de Trente : *Si quis intrà gradus prohibitos scienter matrimonium contrahere præsumpserit, separetur, et spe dispensationis consequendæ careat.... quòd si ignoranter id fecerit.... et ipse solemnitatibus adhibitis impedimentum aliquod posteà subesse cognoscatur, cujus probabilem ignorantiam habuit, tunc faciliùs cum eo, et* GRATIS *dispensari poterit; Sess.* 14, *cap.* 5, *de reform. matrim.*

Les parties méritent sur-tout cette grâce, lorsqu'aussitôt que la connoissance de l'empêchement leur est survenue, elles ont cessé de se connoître charnellement : c'est pourquoi on doit exposer dans la supplique, si depuis cette connoissance survenue, les parties ont cessé aussitôt, ou ont continué encore de se connoître charnellement.

282. La première partie du décret du concile de Trente, qui défend d'accorder des dispenses aux parties qui avoient connoissance de l'empêchement, lorsqu'elles ont célébré leur mariage, et qui est en cela conforme à l'ancienne discipline, n'est pas néanmoins exactement observée, et l'on accorde en cour de Rome ces dispenses; mais on exige, pour qu'elles

ne soient pas obreptices, que les parties exposent dans leur supplique, qu'elles avoient connoissance de l'empêchement lorsqu'elles se sont mariées, et qu'elles l'ont consommé ayant cette connoissance, et si elles l'ont fait dans la vue d'être plus facilement dispensées.

### ARTICLE IV.

Des principales causes qu'on a coutume d'exposer pour obtenir les dispenses des empêchements de parenté et d'affinité ; et des dispenses qui s'accordent sans cause.

283. Les principales causes qu'on a coutume d'exposer en cour de Rome pour obtenir dispense des empêchements de parenté et d'affinité, sont, 1° celle qu'on appelle *ob angustiam loci*, lorsqu'une fille expose que si elle étoit obligée de se marier hors de sa parenté et affinité, elle auroit peine à trouver dans le lieu de sa demeure des personnes de son état qu'elle pût épouser.

284. La seconde est celle qu'on appelle *indotata*.

Et la troisième qu'on appelle *ob incompetentiam dotis*, par laquelle une fille expose qu'elle n'a point de dot à apporter en mariage, ou qu'elle n'a pas de quoi en apporter une suffisante pour supporter les charges d'un mariage avec un homme de son état, et qu'elle courroit risque de ne pas trouver à se marier, si on ne lui permettoit d'épouser un tel son parent, qui veut bien la prendre sans dot, ou avec une dot modique.

285. La quatrième, qu'on appelle *vidua filiis gravata*, est lorsqu'une veuve expose qu'elle est chargée d'enfants, et d'un commerce difficile qu'elle est obligée de soutenir pour fournir à leur éducation, ce qu'elle ne pourroit faire, si elle ne s'attachoit par le mariage à son parent, qui connoît le fond de ce commerce, et dont elle a besoin pour le continuer. On a coutume d'insérer dans cette espèce de dispense cette clause, *postquàm dictus orator caverit se dictis filiis alimenta præstiturum.*

286. La cinquième est celle qu'on appelle *pro oratrice excedente vigesimumquartum annum*, par laquelle une fille expose qu'ayant déjà passé un tel âge (qui doit au moins excéder 24 ans) sans pouvoir trouver à se marier, elle courroit risque de ne pas trouver, si on ne lui permettoit d'épouser un tel.

287. La sixième cause est celle par laquelle une fille expose qu'il y a dans son pays beaucoup d'hérétiques cachés, et que si on ne lui permettoit pas d'épouser un tel son cousin, dont l'orthodoxie lui est connue, elle courroit risque d'épouser un hérétique caché, qui pourroit la pervertir.

Ce seroit pareillement une juste cause d'obtenir dispense, si les parties exposoient que dans le lieu de leur demeure, la corruption des mœurs est si grande, et le nombre des personnes qui mènent une vie chrétienne, si petit, que si on ne leur permettoit pas de se marier ensemble, elles auroient de la peine à trouver dans le lieu à s'allier à d'autres personnes de leur état, avec lesquelles elles pussent s'accorder à mener ensemble une vie chrétienne et éloignée des compagnies mondaines, et à donner une éducation chrétienne à leurs enfants. Des dispenses accordées pour cette cause sont très-légitimes, pourvu que les parties, en les obtenant sur cet exposé, aient eu une véritable intention de mener cette vie chrétienne.

288. La septième cause est celle par laquelle les parties exposent que la violence de leur passion, et non pas le dessein d'obtenir plus facilement dispense, les a portées à avoir habitude ensemble, et qu'il n'y a que le mariage qui puisse réparer l'honneur de la fille, et prévenir le scandale.

Lorsque les parties n'ont pas eu habitude ensemble, on expose seulement qu'elles ont une violente passion l'une pour l'autre, et que les occasions fréquentes qu'elles ont de se rencontrer, les exposent à un grand danger de succomber à la tentation, si on ne leur permet pas de se marier ensemble.

289. Il y a encore plusieurs autres causes de dispense, telles que celle de terminer des procès considérables; celle de conserver les biens d'une famille illustre, etc.

290. On accorde quelquefois des dispenses d'empêchement de parenté ou d'affinité, sans que les parties aient exposé dans leur supplique aucune cause pour les obtenir. Les canonistes, pour autoriser ces dispenses, disent que le bon usage qui est fait des sommes qu'on donne pour les obtenir, est une cause pour les accorder.

Cela ne s'accorde guère avec le concile de Trente, qui ordonne que les dispenses ne pourront s'accorder que pour une juste cause, et gratuitement, *raro, idque ex causâ, et*

*gratis concedatur :* et si, suivant le concile de Trente, il n'est pas permis au pape d'accorder des dispenses sans une juste cause, les parties qui les obtiennent peuvent-elles, dans le for de la conscience, s'en servir?

Ajoutez que la supplique sur laquelle sont obtenues ces dispenses *sans cause*, n'expriment à la vérité aucune cause déterminée pour laquelle la dispense est demandée; et qu'au lieu de cela, selon le style de Rome, il y est dit en termes vagues, que les parties demandent la dispense *ex certis rationalibus causis eorum animos moventibus.* Cet exposé suppose que les parties ont effectivement quelque sujet raisonnable de dispense. La dispense qui leur est accordée sur cet exposé, leur est accordée dans cette supposition : mais si cette supposition est fausse, si dans la vérité les parties n'avoient aucune cause pour demander la dispense, cette dispense demandée et accordée sur une fausse supposition, peut-elle être valable dans le for de la conscience ?

Lorsque les parties se sont mariées en exécution de cette dispense, qui n'a de vice que dans le for de la conscience, l'impossibilité en laquelle elles sont de rompre leur mariage, devient un juste sujet de dispense pour ce mariage, même dans le for de la conscience. Ainsi les parties sont seulement en ce cas obligées à expier par des œuvres satisfactoires la faute qu'elles ont commise.

### ARTICLE V.

#### De la forme des dispenses, et de ce que doit contenir la supplique pour les obtenir.

##### §. I. De la forme des dispenses.

291. Les dispenses des empêchements de mariage qu'on obtient en cour de Rome pour pouvoir célébrer le mariage, s'expédient à la daterie, *in formâ commissoriâ.* Cette forme est ainsi appelée, parce que sur la supplique qui est présentée au pape par les parties, on leur expédie en la daterie un acte par lequel le pape commet et délègue l'official du diocèse des parties pour leur accorder la dispense demandée, *si preces veritate nitantur ;* c'est-à-dire, si après information faite, il reconnoît que les faits exposés par la supplique des parties, sont véritables. Pour cet effet, la supplique est transcrite en entier dans les lettres.

De là il résulte que ces expéditions de dispenses ne sont pas proprement la dispense, mais seulement un pouvoir ou une procuration que le pape donne à l'official à qui ces expéditions sont adressées, pour accorder la dispense.

Lorsqu'il y a plusieurs officiaux, l'expédition est censée adressée à l'official diocésain du territoire des parties.

Lorsque les parties sont de différents diocèses, c'est ordinairement à l'official du diocèse de la femme que l'expédition est adressée.

292. Cet official est délégué en sa qualité d'official; c'est pourquoi, en cas de mort ou de destitution, le pouvoir passe de plein droit à son successeur, et même à l'official du chapitre, *sede vacante*.

Par la même raison, le pouvoir accordé par le bref, ne s'éteint pas par la mort du pape survenue avant la fulmination, parce que ce n'est pas en son propre nom, mais en son nom de pape qu'il l'a accordé. C'est la décision de Boniface VIII, *cap. Si super*, 9, *de offic. et pot. jud. deleg. in sexto.*

293. Lorsque les parties n'ont ni l'une ni l'autre le moyen de payer la somme portée au tarif de la daterie pour les lettres de dispenses, sur l'exposé qu'elles font de leur pauvreté, et sur le certificat qu'elles doivent rapporter de leurs curés qui attestent qu'elles sont pauvres l'une et l'autre, et qu'elles ne vivent que de leur travail, on leur expédie les dispenses *in formâ pauperum*, en insérant dans ces dispenses ces termes, *qui pauperes et miserabiles existunt, et ex labore et industriâ suâ tantùm vivunt*, ce qui leur évite le paiement de la somme portée au tarif de la daterie.

294. Il nous reste à observer sur la forme des dispenses, que lorsque les parties ont plusieurs empêchements dirimants, la dispense en doit être accordée par les mêmes lettres. Par exemple, si les parties étoient cousins au quatrième degré, et qu'outre cela l'une des parties fût le parrain de l'autre, la dispense de la consanguinité et celle de la parenté spirituelle devroient être accordées par les mêmes lettres. Si les dispenses de ces deux espèces d'empêchements étoient accordées par des lettres séparées, elles seroient nulles, ce seroit une obreption faite au pape, qui eût pu être plus difficile à les accorder, s'il eût su le concours des deux empêchements.

295. A l'égard des dispenses qui s'obtiennent de quelque

empêchement secret, pour valider dans le for de la conscience un mariage qui a déjà été célébré, elles s'expédient par un bref de la pénitencerie, adressé à un prêtre approuvé, que les parties auront choisi pour leur confesseur.

Ces dispenses n'ont d'effet que pour le for de la conscience, et elles ne peuvent valider le mariage pour le for extérieur, dans le cas auquel l'empêchement secret viendroit à être découvert. Il n'en doit pas même rester de vestiges; et le confesseur à qui elles sont adressées, doit, après qu'il en a fait usage, les déchirer.

### §. II. De ce que doit contenir la supplique.

296. La supplique qu'on présente pour obtenir à la daterie des dispenses de quelque empêchement de mariage, doit contenir les noms des personnes pour lesquelles la dispense est demandée.

Lorsque la dispense est demandée pour un empêchement qui est particulier à l'une des parties qui se proposent de contracter mariage ensemble, tel qu'est celui du sous-diaconat; comme il n'y a en ce cas que cette partie qui a besoin de dispense, il suffit que la supplique contienne son nom : il n'est pas nécessaire qu'elle contienne celui de la personne qu'elle veut épouser. Mais lorsque l'empêchement est commun aux deux parties, tels que sont ceux de parenté et d'affinité naturelle et spirituelle, la supplique doit contenir les noms des deux parties; car la dispense doit être accordée aux deux parties; et le mariage ne pourroit pas être valablement contracté, si la dispense n'étoit accordée qu'à l'une d'elles.

297. Au reste, la dispense est valablement accordée aux personnes nommées dans la supplique, quand même ces personnes n'auroient pas donné ordre de les obtenir : par exemple, si j'ai avec une fille que je veux épouser, un empêchement d'affinité résultant d'un commerce illégitime que j'ai eu avec la mère de cette fille, dont elle n'a pas de connaissance, je puis, sans sa participation et à son insu, obtenir en mon nom et au sien des dispenses de cet empêchement.

298. La supplique doit contenir l'espèce de l'empêchement

dont on demande la dispense, et la cause pour laquelle elle est demandée.

Si la supplique énonçoit une autre espèce d'empêchement que celui qui se rencontre dans les parties, les dispenses accordées sur cette supplique seroient nulles.

Cela auroit-il lieu dans le cas auquel l'empêchement énoncé dans la supplique, seroit plus considérable que celui qui se rencontre effectivement dans les parties; *putà*, si on avoit énoncé par la supplique que les parties sont parentes à un tel degré, quoiqu'elles ne soient qu'affins à ce degré? Il pourroit sembler que la dispense ayant été accordée pour un empêchement de parenté, qui est plus considérable que celui d'affinité, elle est censée, *à fortiori*, accordée pour l'empêchement d'affinité qui se rencontre dans les parties. Néanmoins Corradus, dans sa *pratique des dispenses*, dont Van-Espen rapporte le sentiment, décide que la dispense est nulle : les parties, dans ce cas, en obtenant une dispense de parenté, ont obtenu une dispense dont elles n'avoient pas besoin pour un empêchement qu'elles n'avoient pas, et elles n'ont pas obtenu la dispense de l'empêchement de l'affinité qui se rencontre en elles. On dira que la parenté étant un empêchement plus considérable que celui d'affinité, si le pape a bien voulu accorder la dispense pour l'empêchement de parenté, à plus forte raison il auroit voulu l'accorder pour l'empêchement d'affinité. La réponse est, que pour qu'il y ait une dispense, il ne suffit pas de dire que le pape auroit bien voulu l'accorder; il faut qu'il ait voulu effectivement l'accorder : on ne peut pas dire dans ce cas qu'il a voulu l'accorder, puisque ce n'est pas la dispense pour cet empêchement qui lui a été demandée.

299. Il ne suffit pas que la supplique exprime que les parties demandent dispense pour un empêchement de parenté ou d'affinité; il faut que le degré de parenté ou d'affinité soit exprimé par la supplique, parce que les dispenses s'accordent plus ou moins facilement, selon que le degré est plus éloigné ou plus prochain.

En cas d'inégalité de degré, comme lorsque la parenté est du deux au trois, telle qu'elle est entre la fille de mon cousin germain et moi, il suffit, suivant la constitution de Pie v, d'exprimer par la supplique le degré le plus éloigné, suivant cette règle des canonistes : *In lineâ inæquali quoto gradu re-*

*motior persona distat à communi stipite, tot gradibus cognati distant inter se.*

Pie v excepte le cas auquel on demanderoit dispense pour le mariage d'un oncle avec sa nièce, ou avec sa petite-nièce, pour lequel il ne se contente pas qu'il soit dit par la supplique que les parties sont parentes au second degré; ou si c'est une petite-nièce, qu'elles sont parentes au troisième degré; mais il veut qu'en ce cas la supplique exprime que les parties sont l'*oncle et la nièce,* l'empêchement entre ces personnes étant infiniment plus considérable que celui des cousins.

Si l'on n'avoit pas exprimé dans la supplique que les parties sont l'oncle et la nièce, et qu'on se fût contenté de déclarer qu'elles étoient parentes au second degré, ce défaut dans la supplique devroit empêcher l'official de fulminer les dispenses; mais s'il avoit passé par-dessus ce défaut, et fulminé les dispenses, et que les parties eussent en conséquence célébré de bonne foi le mariage, on ne devroit pas être reçu à l'attaquer sur le défaut de la supplique. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 15 mars 1672, rapporté par d'Héricour, dans l'espèce d'un appel comme d'abus interjeté par des parens, de la fulmination des dispenses obtenues pour le mariage d'un oncle avec sa petite-nièce, sur une supplique qui exposoit seulement que les parties étoient parentes au troisième degré, et de la célébration du mariage qui avoit suivi. L'arrêt jugea qu'il n'y avoit abus.

300. Lorsqu'il y a deux parentés entre les parties, il ne suffit pas qu'il soit dit dans la supplique, que les parties sont parentes à un tel degré; il faut exprimer les deux parentés par la supplique : car les deux parentés forment deux empêchements. Il ne suffit pas d'avoir dispense de l'un de ces empêchements, il faut l'avoir des deux; et pour avoir dispense des deux, il faut la demander pour les deux, et par conséquent exposer les deux parentés dans la supplique.

L'auteur des conférences de Paris rapporte un arrêt du 6 août 1609, qui déclara abusives des dispenses accordées à un cousin germain et une cousine germaine; parce que les parties n'avoient pas expliqué qu'elles l'étoient tant du côté paternel que du côté maternel.

Je ne crois pas que la cour usât de la même rigueur, si la parenté étoit dans un degré plus éloigné, et les dispenses fulminées, et le mariage célébré en conséquence.

Ce principe, que lorsqu'il y a deux empêchements, on doit exposer les deux, souffre exception lorsque celui qui a été exposé suppose l'autre. Par exemple, j'ai contracté des fiançailles avec une femme; il en résulte un empêchement d'honnêteté publique avec les sœurs de cette femme, si je voulois par la suite épouser quelqu'une d'elles. J'ai ensuite contracté mariage avec cette même femme, et j'ai consommé le mariage : il en résulte un autre empêchement, qui est celui d'affinité au premier degré. Si après la mort de ma femme, je veux épouser une de ses sœurs, il faut que nous exposions l'empêchement d'affinité au premier degré, qui résulte de mon mariage avec ma femme. Il n'est pas nécessaire d'exposer aussi celui qui résulte des fiançailles avec elle; car celui d'affinité que nous avons exposé, le suppose et le contient *eminenter*.

301. Enfin, lorsque les parties qui ont eu commerce charnel ensemble, demandent des dispenses de parenté ou d'affinité, leur supplique doit contenir l'aveu de ce commerce; et si elles l'ont eu ayant connoissance de leur parenté ou affinité, ou n'en ayant pas connoissance; comme aussi si elles l'ont eu dans la vue d'obtenir plus facilement dispense, ou sans cette vue. C'est ce que Pie V a ordonné par sa bulle, sous la peine que l'omission de l'aveu de ce commerce, ou même seulement des circonstances de ce commerce, rendroit la dispense obreptice et nulle.

Pirrus-Corradus, dans son *traité des dispenses*, ajoute que si le commerce charnel n'étoit intervenu que depuis l'expédition en cour de Rome, mais avant la fulmination, ce commerce rendroit nulle la dispense, et empêcheroit qu'elle ne pût être valablement fulminée, parce que le pape n'a donné pouvoir de dispenser à l'official à qui elle est adressée, que sous la condition que l'exposé de la supplique se trouvera véritable au temps de la fulmination : *Si ità est, dispensa.* Or l'exposé de la supplique, qui supposoit que les parties s'étoient comportées sagement, en ne faisant mention d'aucun commerce charnel intervenu, quoiqu'il fût véritable au temps de la supplique, se trouve ne l'être plus au temps où il est question d'accorder et de fulminer la dispense; et par conséquent la condition sous laquelle le pouvoir en avoit été accordé à l'official, se trouve défaillir.

Dans tous ces cas, il faut se pourvoir en cour de Rome,

pour, sur un nouvel exposé véritable, y obtenir de nouvelles lettres qui valident la dispense, et qu'on appelle lettres de *perindè valere*.

Decombes, dans son *traité des officialités*, dit, que suivant l'usage de France, il suffit dans ces cas de s'adresser à l'évêque, qui, sur l'exposé de la requête à lui présentée, permet de se servir de la dispense, nonobstant ces omissions, surtout lorsque le délai nécessaire pour envoyer de nouveau à Rome pourroit causer quelque scandale ou quelque inconvénient.

Le commerce charnel intervenu depuis la fulmination des dispenses, quoiqu'il soit un grand péché, n'y donne aucune atteinte, et n'oblige point à obtenir des confirmations de dispense.

### §. III. De la fulmination des dispenses.

302. La fulmination de la dispense est une sentence par laquelle l'official à qui elle est adressée, après information par lui faite de la vérité des faits exposés par la supplique des parties, ordonne qu'elles jouiront de l'effet de la dispense, et leur permet en conséquence de se marier ensemble.

C'est cette sentence de fulmination qui contient proprement la concession de la dispense. Les lettres de dispense expédiées en cour de Rome, ne contiennent proprement qu'une commission et un pouvoir attribué par le pape à l'official à qui elles sont adressées, d'accorder la dispense après qu'il se sera juridiquement assuré de la vérité des faits exposés par la supplique, comme nous l'avons vu en l'article précédent. C'est donc par la sentence de fulmination que cet official accorde la dispense, non de sa propre autorité, mais de l'autorité du pape, qui lui est pour cet effet déléguée par les lettres de dispense.

303. Pour parvenir à cette fulmination, les parties présentent leurs lettres de dispenses à l'official à qui elles sont adressées, avec une requête pour procéder à la fulmination. L'official met au bas de la requête une ordonnance par laquelle il accepte la commission, et ordonne de la communiquer au promoteur. Sur les conclusions du promoteur, il fait subir interrogatoire aux parties, sur la vérité des faits exposés dans la supplique, et procède à l'audition des témoins, qui peuvent être les parents des parties. Enfin, après

le tout communiqué au promoteur, qui donne ses conclusions, il fulmine les dispenses, ou il en déboute.

304. Lorsque l'official, par son information, reconnoît que le fait exposé par la supplique est faux, la dispense obtenue sur cet exposé, étant en ce cas *obreptice* et nulle, il ne doit pas la fulminer, mais il en doit débouter les parties. Il faut néanmoins distinguer si la fausseté qui se trouve dans la supplique, tombe sur quelque chose d'essentiel, ou sur quelque chose d'indifférent. La fausseté tombe sur quelque chose d'essentiel, lorsqu'elle tombe sur la qualité de l'empêchement; comme lorsqu'il est dit que les suppliants sont parents au quatrième degré, et qu'ils le sont au troisième; ou lorsque la fausseté tombe sur le fond de la cause pour laquelle la dispense est demandée, et la détruit; comme s'il étoit dit que les parties ont eu commerce charnel ensemble, et que le fait fût faux; s'il étoit dit qu'une fille a déjà passé vingt-quatre ans sans avoir trouvé à se marier, et qu'elle n'en eût que vingt-deux ou vingt-trois. Dans tous ces cas, la dispense seroit *obreptice*, et l'official ne devroit pas la fulminer.

Il n'importe, à cet égard, que ce qu'il y a de faux dans la supplique, y ait été mis avec la participation des parties, ou à leur insçu.

Il n'importe pareillement que l'exposé fût déjà faux lors de l'impétration de la dispense en cour de Rome, ou qu'il ne soit devenu faux que depuis, avant la fulmination de la dispense; comme si l'on a exposé qu'une fille étoit sans biens, *indotata*, ce qui étoit vrai alors, et que depuis, lui étant survenu une riche succession avant la fulmination de la dispense, l'exposé soit devenu faux, l'official, à qui le pouvoir n'est accordé que *si ità est*, ne doit pas la fulminer. Mais si la succession n'étoit échue que depuis la fulmination, cela ne donneroit aucune atteinte à la dispense, qui a été légitimement obtenue, et *à fortiori*, si elle n'étoit échue que depuis le mariage.

*Contrà*, *vice versâ*, si l'exposé étoit faux lors de l'impétration; *putà*, que la fille qui s'est dite *indotata*, eût alors un bien convenable, quoique depuis, l'exposé seroit devenu vrai cette fille ayant perdu tout son bien; la dispense obtenue sur un exposé qui étoit alors faux, n'en demeure pas moins nulle et *obreptice*, et ne doit pas être fulminée.

Lorsque la fausseté qui se trouve dans la supplique, ne

tombe que sur quelque chose d'indifférent, cela ne doit point empêcher l'official de fulminer la dispense; comme s'il étoit exposé qu'une fille a trente-cinq ans passés sans avoir trouvé à se marier, et qu'elle n'en eût que trente-quatre : car dans un âge aussi avancé, pour porter le pape à accorder la dispense, il est indifférent que la fille ait une année de plus ou de moins.

Lorsque dans la supplique il s'est glissé quelque erreur sur les noms de l'une des parties; si cette partie est d'ailleurs suffisamment désignée, cette erreur ne doit pas empêcher la fulmination de la dispense.

Lorsque la supplique ne contient rien qui ne soit vrai, la dispense n'est pas *obreptice :* mais si elle ne contient pas tout ce qui devoit y être exposé, (*Voyez suprà, n.* 296 *et suiv.*) elle est en ce cas *subreptice,* et elle ne doit pas être fulminée.

305. Lorsque la dispense, étant *obreptice* ou *subreptice*, ne peut être fulminée, il falloit autrefois se pourvoir à Rome pour en obtenir de nouvelles. Mais l'auteur des conférences de Paris nous apprend que l'usage est aujourd'hui en France, qu'on se pourvoit en ce cas devant l'évêque, qui dispense de ce qui manque à celle du pape, et permet en conséquence à son official, à qui elle est adressée, de la fulminer.

La raison qu'il en donne, est qu'un bref de dispense adressé à l'official du diocèse des parties, n'est pas regardé comme purement attributif, tel qu'un bref qui seroit adressé à un évêque pour quelque affaire de personnes qui ne sont pas de son diocèse. Dans ces brefs purement attributifs, le délégué doit se renfermer dans les bornes du mandat; il ne peut en aucune manière *egredi fines mandati.* Mais le bref de dispense que le pape adresse à l'official du diocèse des parties, est plutôt excitatif que simplement attributif; c'est-à-dire, que le pape, en renvoyant le pouvoir d'accorder la dispense à l'official de l'ordinaire, excite, ressuscite, et rend en quelque façon à l'ordinaire, pour le cas présent, le pouvoir que cet évêque, en qualité d'évêque et d'ordinaire, avoit d'accorder la dispense, et qu'il avoit laissé éteindre par la prescription. Cet évêque étant donc, pour le cas présent, rétabli dans son pouvoir, il peut, dans ce cas, dispenser et suppléer à ce qui manque à la dispense du pape.

# QUATRIÈME PARTIE.

De la forme du contrat de mariage, et de l'acte qui en doit être dressé.

Nous n'entendons pas ici par *contrat de mariage*, l'acte qui contient les conventions matrimoniales; mais nous entendons le mariage même, c'est-à-dire, l'acte par lequel les parties conviennent réciproquement de se prendre pour époux.

Parmi les choses qui sont requises à l'égard de la forme de ce contrat, il y en a sans lesquelles le mariage ne peut être valablement contracté, et dont le défaut ou l'inobservation le rendroit nul : elles feront la matière d'un premier chapitre. Il y a d'autres choses qui sont requises, sans que l'inobservation de ces choses rende le mariage nul : elles feront la matière d'un second chapitre. Nous traiterons dans le troisième, de l'acte qui doit être dressé pour établir la preuve du mariage.

## CHAPITRE PREMIER.

Des choses requises dans la forme, pour que le mariage puisse se valablement contracter, et dont le défaut ou l'inobservation le rend nul.

306. Ces choses sont, 1° le consentement des parties contractantes; 2° quelquefois le consentement de certaines personnes, qui doit accéder à lui des parties contractantes; 3° la célébration en face d'église, et la compétence du prêtre qui le célèbre.

### SECTION PREMIÈRE.

Du consentement des parties contractantes.

307. Le mariage étant un contrat, ne peut, de même que

tous les autres contrats, être formé que par le consentement des parties.

Les choses qui sont directement contraires à ce consentement, et qui les détruisent, sont donc des empêchements dirimants de mariage, qui empêchent qu'il ne puisse être valablement contracté.

Ces choses qui détruisent le consentement, sont l'erreur, la violence et la séduction, dont nous traiterons séparément.

ARTICLE PREMIER.

De l'erreur.

§. I. De l'erreur sur la personne.

308. Il est évident que l'erreur de l'une des parties, qui tombe sur la personne même qu'elle se propose d'épouser, détruit son consentement.

Par exemple, si, me proposant d'épouser Marie, et croyant contracter avec Marie et épouser Marie, je promets la foi de mariage à Jeanne, qui se fait passer pour Marie, il est évident qu'il n'y a pas de consentement, et que le mariage que j'ai contracté avec Jeanne, que je prenois pour Marie, est nul par défaut de consentement : car le concours des volontés des deux parties pour une chose, *duorum in idem placitum consensus*, ne se trouve pas dans cette espèce ; puisque si Jeanne a voulu m'épouser, je n'ai pas de même voulu épouser Jeanne. Ma volonté n'a pas concouru avec la sienne *in idem placitum ;* et si je lui ai dit que je la prenois pour mon épouse, ce n'est pas pour cela elle. mais c'est Marie, à qui je croyois parler, que je voulois prendre pour mon épouse.

*Quid juris,* s'il étoit prouvé que lorsque j'ai épousé Jeanne, que je prenois pour Marie, j'étois dans la disposition de volonté d'épouser Jeanne, si j'eusse su que c'étoit Jeanne qu'on vouloit me donner en mariage ? Même en ce cas, le mariage est nul par défaut de consentement : car pour former le consentement, il ne suffit pas que j'eusse voulu épouser Jeanne, il faut que je l'aie effectivement voulu. Or on ne peut pas dire que j'aie voulu épouser Jeanne, puisque c'est Marie que j'ai cru et que j'ai voulu épouser.

309. Mais si, après avoir reconnu l'erreur, je consens de prendre pour femme Jeanne, que j'avois d'abord prise pour

Marie, ce consentement réhabilite mon mariage avec cette femme, lequel, avant ce consentement, étoit nul. Ainsi le mariage de Jacob avec Lia fut réhabilité, lorsqu'après avoir reconnu que la femme qu'on lui avoit donnée, qu'il croyoit être Rachel, étoit Lia, il consentit d'épouser Lia.

Lorsque j'ai épousé en face d'église Jeanne, que je prenois alors pour Marie, quoique ce ne soit que depuis la bénédiction nuptiale que j'ai reconnu l'erreur, et que j'ai consenti de prendre Jeanne pour ma femme, néanmoins lorsque l'erreur est secrète, la bénédiction nuptiale qui a précédé mon consentement, suffit pour la publicité de mon mariage avec Jeanne, quoiqu'il n'ait été contracté que depuis, par le consentement que j'ai donné depuis l'erreur reconnue; et il n'est pas nécessaire qu'il intervienne une nouvelle bénédiction nuptiale.

§. II. De l'erreur sur la qualité de la personne.

310. Lorsque l'erreur ne tombe que sur quelque qualité de la personne, cette erreur ne détruit pas le consentement nécessaire pour le mariage, et n'empêche pas par conséquent le mariage d'être valable.

Par exemple, si j'ai épousé Marie, la croyant noble, quoiqu'elle soit de la plus basse roture; ou la croyant vertueuse, quoiqu'elle se fût prostituée; ou la croyant de bonne renommée, quoiqu'elle ait été flétrie par justice; dans tous ces cas, le mariage que j'ai contracté avec elle, ne laisse pas d'être valable, nonobstant l'erreur dans laquelle j'ai été à son sujet.

En vain opposeroit-on que je n'eusse pas voulu épouser Marie, si j'eusse su ce que j'ignorois sur son compte; car pour que le mariage que j'ai contracté avec elle soit valable, il n'est pas nécessaire que j'eusse voulu l'épouser, si j'avois eu connoisssance de ce que j'ai depuis découvert; il suffit que j'aie effectivement voulu l'épouser. Or l'erreur en laquelle j'ai été, n'empêche pas que je n'aie voulu effectivement l'épouser : elle ne détruit pas le consentement que j'ai effectivement donné à mon mariage avec Marie; et le mariage ayant été une fois contracté par mon consentement, son caractère d'indissolubilité rend le consentement que j'y ai donné, irrétractable, et non sujet à rescision. C'est pourquoi, quand même ce seroit par le dol de Marie que j'aurois

été induit dans l'erreur en laquelle j'ai été sur son compte, je ne serois pas recevable à demander, pour raison de ce dol, la rescision de mon mariage.

L'erreur qui ne tombe que sur la qualité de la personne, est donc bien différente de celle qui tombe sur la personne même. Celle-ci est incompatible avec ce qui est de l'essence du mariage : car il est de l'essence du mariage, qu'il y ait un homme et une femme qui veuillent l'un et l'autre s'épouser, ce qui ne se trouve pas, lorsque la femme que je parois épouser n'est pas celle que je veux épouser. Mais il n'est pas de même de l'essence du mariage, que la femme que j'épouse ait les qualités que je crois qu'elle a; il suffit que ce soit celle que j'ai voulu épouser.

311. Le principe, que l'erreur qui ne tombe que sur la qualité de la personne, n'est pas un obstacle à la validité du mariage, a reçu une exception à l'égard de la condition de servitude.

Justinien, par sa Novelle 22, décide que le mariage que je contracte avec une femme esclave, que je crois libre, est nul de plein droit : *Si ab initio putaverit aliquis liberæ jungi personæ, illa verò posteà famula declaretur existens, non dicimus solvi matrimonium, sed ab initio neque matrimonium fieri, etc. Nov. 22, cap.* 10.

Les canons ont pareillement décidé que si j'ai épousé une femme que je croyois libre, et qui étoit esclave, cette erreur rend le mariage nul; et on doit me permettre de la quitter et d'en épouser une autre, à moins que je n'eusse consenti à la retenir pour ma femme, depuis que j'ai su qu'elle étoit esclave. Il en est de même du cas auquel une femme auroit épousé un homme qu'elle croyoit libre, et qui étoit esclave : *Si quis ingenuus homo uxorem ancillam alterius acceperit, et existimat quòd ingenua sit, si ipsa fœmina fuerit posteà in servitute detecta, si eam à servitute redimere potest, faciat; si non potest, si voluerit; aliam accipiat...... Similiter et mulier ingenua de servo alterius facere potest;* can. *Si quis, 4, caus.* 29, *qu.* 2.

Le concile de Compiègne, tenu l'an 757, dit au canon 5 : *Si francus homo accepit mulierem, et sperat* (*id est, existimat*) *quòd ingenua sit, et posteà invenit quòd non est ingenua, dimittat eam si vult, et accipiat aliam : similiter si fœmina ingenua accepit servum, nec sciebat tunc quòd servus esset, habeat interim quò vivit, una lex erit et de viris et fœminis.*

Innocent III, dans sa décrétale, qui est au chap. dern., *ext. de conjug. serv.*, décide à l'égard d'un soldat qui avoit épousé une femme esclave, qu'il croyoit être de condition libre, que si depuis qu'il a reconnu l'état de cette femme, il n'a pas consenti à l'avoir pour sa femme, *si postquàm intellexit conditionem ipsius, nec facto, nec verbo consenserit in eamdem*, on peut lui permettre de la quitter, et d'en épouser une autre. Le pape ne l'oblige pas, comme fait le canon *Si quis*, à racheter cette femme, s'il est possible; car l'homme, par ce mariage qui est nul, n'a contracté aucune obligation envers cette femme qui l'a trompé; *Quod nullum est, nullum producit effectum;* et ce qui est dit à cet égard dans le canon *Si quis*, ne doit passer que pour un conseil de charité.

Alexandre III et Urbain III, dans leurs décrétales, *cap.* 2 *et* 3, *ext. d. tit.*, supposent le même principe, que l'erreur sur la condition d'une personne esclave qu'on épouse dans la croyance qu'elle est libre, rend nul le mariage.

312. La servitude étant depuis très-long-temps abolie en France, ces canons ne peuvent plus y recevoir d'application. Il est vrai qu'il y a encore dans quelques provinces de France, telles que le Nivernois, le Bourbonnois, la Bourgogne, des personnes que l'on appelle *serfs;* mais elles n'ont ce nom que par rapport à certains devoirs, à certains services ou corvées, auxquels elles sont sujettes envers leurs seigneurs. Elles sont d'ailleurs personnes libres, et elles ont même l'état et les droits de citoyens. C'est pourquoi si j'épouse une personne de cette condition, que je crois être de condition franche, mon erreur sur sa condition ne rend pas plus nul le mariage, que l'erreur sur toutes les autres qualités des personnes.

313. Il y a plus de difficulté à l'égard de l'erreur sur l'état civil d'une personne; comme si une femme épousoit un homme qu'elle croyoit jouir de son état civil, et qui est mort civilement par un jugement qui l'a banni à perpétuité hors du royaume, ou qui l'a condamné aux galères à perpétuité, d'où il s'est évadé. Cette erreur a beaucoup de ressemblance avec l'erreur sur la condition de servitude. En épousant une personne morte civilement, que je crois jouir de son état civil, le mariage que j'ai intention et volonté de contracter, est un mariage qui a les effets civils, qui ne peut se contracter avec une personne morte civilement, de même qu'il ne pouvoit se contracter avec un esclave.

Néanmoins il n'y a ni loi ni canon qui déclare nul le mariage contracté par cette espèce d'erreur : au contraire, il y a des arrêts qui ont déclaré valides des mariages avec des personnes dont on ignoroit le bannissement : *Voyez Dict. des Arrêts.* L'auteur des Conférences de Paris, *tome* 2, cite une sentence de l'officialité de Paris, qui donne congé de la demande d'une femme en cassation du mariage par elle contracté avec un condamné aux galères perpétuelles, qui s'étoit sauvé des galères, et dont elle ignoroit l'état; et un arrêt du parlement de 1700, qui casse un mariage que cette femme avoit contracté du vivant de ce galérien.

314. Si l'erreur qui ne tombe que sur les qualités de la personne, n'empêche pas la validité du mariage, à plus forte raison l'erreur dans laquelle on seroit tombé sur le nom de la personne, lorsque la personne est d'ailleurs certaine, ne doit être d'aucune considération. La règle, *Nil facit error nominis, quum de personâ constat,* est une règle qui peut s'appliquer à toutes sortes de matières.

## ARTICLE II.

### De la violence et de la séduction.

315. Il y a un consentement dans celui qui fait quelque chose par contrainte, quelque grande que soit la violence qu'on emploie pour l'y contraindre; car il s'y détermine par un acte réfléchi de sa volonté. Il préfère de faire ce qu'on le contraint de faire, plutôt que de s'exposer au mal dont on le menace, s'il ne le fait pas : il veut donc le faire; car *qui mavult, vult.* C'est pourquoi les jurisconsultes disent : *Coacta voluntas, voluntas est ; volui, quia coactus volui ;* l. 21, § 5, ff. *quod met.*

Il y a donc dans celui qui contracte un mariage qu'on le contraint de contracter, une espèce de volonté de le contracter; il donne une espèce de consentement à ce mariage. Mais ce consentement est un consentement imparfait, qui n'est que l'effet de la contrainte, et qui concourt avec une volonté contraire qu'il a de ne le pas contracter, s'il n'y étoit pas contraint. Ce consentement imparfait que donne au mariage celui qu'on contraint par violence à le contracter, n'est pas suffisant pour le contracter valablement.

Le consentement nécessaire pour la validité du mariage, est un consentement parfait, un consentement libre et spontané, qui est incompatible avec la violence qu'on emploieroit pour l'extorquer; suivant cette règle de droit, *Nihil tam contrarium est consensui, quàm vis et metus ;* l. 116, ff. *de R. J.*

316. Toute espèce de contrainte néanmoins n'est pas suffisante pour être censée détruire le consentement, et pour faire déclarer nul un mariage qu'une personne prétend avoir contracté par contrainte.

Il faut que la violence qu'on a exercée contre lui, soit une violence considérable, capable de faire impression sur une personne qui a quelque fermeté d'esprit : *Si talis metus inveniatur illatus, qui potuit cadere in constantem virum;* cap. 28, *ext. de sponsal.*

Il faut que ce soit *vis atrox et adversùs bonos mores;* l. 3, §. 1., ff. *quod met. caus.*

1°. Il faut que ce soit *vis atrox;* c'est-à-dire, qu'il faut que ce soit un grand mal dont il ait été menacé, *metus majoris calamitatis;* l. 5, ff. *quod met. caus.;* et il faut qu'il ait été menacé de l'endurer sur-le-champ, s'il ne consentoit à ce qu'on lui proposoit : *Metum præsentem esse oportet, non suspicionem inferendi ejus;* l. 9. ff. *d. tit.* Si l'on n'avoit fait à quelqu'un que des menaces vagues pour le faire consentir au mariage qu'il a contracté, son mariage ne laisseroit pas d'être valable.

Pareillement lorsque la crainte de déplaire à son père a porté une fille à consentir, contre son inclination, à un mariage que son père a voulu qu'elle contractât, cette crainte ne rend pas nul son mariage.

Il faut, 2° que la violence soit *adversùs bonos mores ;* c'est-à-dire, il faut que ce soit une violence injuste. C'est pourquoi si un homme qui auroit abusé d'une jeune fille, s'est porté à l'épouser par la crainte d'un décret de prise de corps qu'elle auroit obtenu contre lui, et qu'elle étoit prête à mettre à exécution, le mariage sera valable, et cet homme ne sera pas recevable à dire qu'il l'a contracté par violence; car le décret de prise de corps obtenu contre lui, étoit une voie de droit, et non pas une violence *adversùs bonos mores.*

317. Lorsque la violence par laquelle quelqu'un a été contraint à contracter mariage, a les deux qualités que nous

avons dit être requises pour qu'il puisse faire déclarer nul son mariage, il n'importe par qui elle ait été commise; il n'importe que la personne avec qui on l'a contraint de contracter mariage, ait eu part à cette violence, ou qu'elle n'y en ait eu aucune.

318. Observez aussi que lorsque la violence a ces deux qualités, celui qui a été contraint à contracter mariage, est reçu à se pourvoir contre son mariage, quoiqu'il se soit écoulé déjà un certain temps depuis qu'il a été contracté, et et quoiqu'il y ait des enfants nés de ce mariage. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 24 avril 1651, rapporté par Soefve et au Journal, par lequel un mariage a été déclaré nul pour cause de contrainte, quoique la partie qui se plaignoit d'avoir été contrainte à le contracter, ne se fût pourvue qu'après trois ans de cohabitation, et qu'il y eût des enfans nés de cette union.

319. Il nous reste à observer à l'égard de la violence employée dans les mariages, que l'ordonnance de Blois, *art.* 281, veut que les seigneurs qui contraignent les pères ou les tuteurs à donner leurs filles ou leurs pupilles en mariage à leurs gens, soient punis de la peine du crime de rapt.

320. La séduction n'est pas moins contraire que la violence à la liberté du consentement, qui est requise pour le mariage. Un consentement surpris par dol et séduction, est imparfait, comme l'est celui extorqué par violence, c'est pourquoi nous avons vu *suprà, part. 3, chap. 3, art. 7*, que la séduction étoit un empêchement dirimant de mariage, aussi bien que le rapt. Nous y renvoyons.

## SECTION II.

### Du consentement des personnes, qui doit quelquefois, dans les mariages, accéder à celui des parties contractantes.

### ARTICLE PREMIER.

#### Du consentement des pères, mères, tuteurs et curateurs.

Il faut à cet égard distinguer le mariage des mineurs et celui des majeurs, celui des enfants légitimes et celui des bâtards.

§. I. Du consentement des pères, mères, tuteurs ou curateurs, qui doit intervenir dans le mariage des mineurs.

321. Tous conviennent que les enfants ne doivent contracter mariage qu'avec le consentement de leurs pères et mère, et qu'ils pécheroient grièvement s'ils manquoient envers eux à ce devoir. Tous conviennent pareillement que les mineurs qui n'ont ni père ni mère, ne doivent contracter mariage qu'avec le consentement de leurs tuteurs ou curateurs.

La seule question qu'il y ait a cet égard, est de savoir si le mariage d'une personne mineure, ayant dans le fait été contracté sans le consentement de ses père, mère, tuteur ou curateur, est nul par le défaut de ce consentement. C'est ce que nous allons examiner.

Le concile de trente frappe d'anathème ceux qui disent que le mariage des enfants de famille, contracté sans le consentement de leurs parents, est nul : *Tametsi dubitandum non est* CLANDESTINA MATRIMONIA *libero consensu contrahentium facta, rata et vera esse matrimonia, quamdiù Ecclesia ea irrita non fecit, proindè jure damnandi sint, ut eos sancta Synodus anathemate damnat, qui ea vera et rata esse negant, quique falsò affirmant matrimonia à filiis-familiâs sinè consensu parentum contracta irrita esse, et parentes ea rata et irrita facere posse; nihilominùs sancta Dei ecclesia, ex justissimis causis illa semper detestata est atque prohibuit;* sess. 24.

Le concile, comme l'a fort bien observé M. Boileau, en son *Traité des Empêchements de mariage, ch. 9, n. 7,* entend seulement condamner le sentiment de quelques protestants qui prétendoient que, par le droit naturel, les parents avoient par eux-mêmes le pouvoir de valider ou d'annuler les mariages de leurs enfants, contractés sans leurs consentement, sans qu'il fût besoin pour cela qu'il y eût une loi positive qui les déclarât nuls. Mais le concile n'a pas décidé, ni pu décider que dans le cas d'une loi civile qui exigeroit dans les mariages des enfants de famille, le consentement de leurs parents, à peine de nullité, leurs mariages contractés sans le consentement de leurs parents, ne laisseroient pas d'être valables. Le pouvoir qu'a la puissance séculière de prescrire pour le contrat de mariage, de même que pour tous les autres contrats, telles lois qu'elle juge à propos, dont l'inobservation rende le contrat nul, est un pouvoir qui lui est essentiellement attaché, qu'elle tient

de Dieu, et dont l'église n'a jamais voulu ni pu la dépouiller, suivant que nous l'avons amplement établi en la première partie de ce traité.

322. Suivant les lois romaines, les mariages des enfants de famille n'étoient pas valables sans le consentement préalable de celui qui les avoit en sa puissance : *In tantum ut jussus parentis præcedere debeat; Inst. de nupt. in princ.* Et au §. 13, il est dit : *Si adversùs ea quæ diximus aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur.* Les grands priviléges accordés par les empereurs aux soldats, ne les dispensoient pas de cette règle : *Filius-familiâs miles matrimonium sinè patris voluntate non contrahit;* l. 35, ff. *de rit. nupt.*

Jamais l'église ne s'est élevée contre ces lois; jamais elle n'a regardé comme valables les mariages contractés contre leur disposition : au contraire, elle les a regardés comme des fornications. C'est ce que nous trouvons dans la seconde lettre canonique de S. Basile à Amphiloque, *can.* 42, où ce père dit que les mariages des esclaves et ceux des enfants de famille, contractés sans le consentement de celui en la puissance de qui ils sont, sont des fornications plutôt que des mariages, jusqu'à ce que leur consentement intervienne : *Quæ sinè iis qui habent potestatem fiunt matrimonia, sunt fornicationes. Vivente ergo patre vel domino ii qui conveniunt non sunt ab accusatione liberi, donec conjugio domini annuerint; tunc enim firmitatem accepit conjugium.* C'étoit sur cela la doctrine de l'église au temps d'Isidore Mercator, puisque dans la décrétale qu'il a faussement attribuée au pape Evariste, et qui est rapportée au décret de Gratien, *can. aliter, caus.* 30, *quæst.* 5, on appelle *adulteria, contubernia, stupra, et fornicationes, matrimonia facta sinè consensu parentum.*

Pour prouver que le concile de Trente, en déclarant valables les mariages clandestinement contractés par les enfants de famille sans le consentement de leurs parents, ne les a considérés que dans le cas auquel il n'y auroit aucune loi positive qui en auroit ordonné autrement, M. Boileau tire encore argument de ces termes, *quamdiù ea Ecclesia irrita non fecit.* Donc l'esprit du concile est, que l'église pourroit les rendre nuls, si par la suite elle jugeoit à propos de faire un empêchement dirimant du défaut de consentement des parents. La proposition avoit même été faite au concile par les évêques François, suivant que le rapporte Fra-Paolo, de rendre un

décret pour déclarer nuls ces mariages : elle ne passa pas. Mais si l'église a ce droit, à plus forte raison la puissance séculière doit l'avoir, puisque le contrat de mariage appartenant, de même que tous les autres contrats, à l'ordre politique, c'est à la puissance séculière qu'appartient principalement le droit de prescrire les lois qu'elle juge à propos d'établir pour la validité de ce contrat.

323. Toutes ces choses présupposées, notre question se réduit à un fait, qui est de savoir si nous avons en France un loi qui déclare nuls les mariages contractés par les mineurs sans le consentement de leurs pères, mères, tuteurs ou curateurs.

Par les lois de nos rois de la première race, un homme ne pouvoit épouser valablement une fille sans le consentement du père de la fille, à qui il étoit obligé de la rendre avec une amende, s'il la redemendoit. C'est ce que nous trouvons dans les capitulaires du roi Dagobert, en la seconde partie, qui a pour titre, *Lex alemannorum, cap.* 54, *art.* 1, où il est dit : *Si quis filiam alterius non desponsatam* (1) *acceperit sibi uxorem, si pater ejus eam requirit, reddat eam, et cum quadraginta solidis eam componat* (2).

Pareillement, dans les capitulaires de nos rois de la seconde race, recueillis par Benedictus-Levita, nous lisons au livre septième, *art.* 463 : *Aliter legitimum, ut à patribus accepimus, et à sanctis apostolis eorumque successoribus traditum invenimus, non fit conjugium, nisi ab his qui super fœminam dominationem habere videntur, uxor petatur, etc...... taliter et domino placebunt, et filios non spurios, sed legitimos atque hereditabiles generabunt.*

324. Ces lois étoient tombées en désuétude. Il paroît par le préambule de l'édit de Henri II, du mois de février 1556, qu'il n'y avoit aucune loi en vigueur contre les mariages des enfants de famille contractés sans le consentement de leurs père et mère. Voici comme cet édit s'exprime : « Comme » sur la plainte à nous faite des mariages qui journellement, » par une volonté charnelle, indiscrète et désordonnée, se con» tractoient en notre royaume par les enfants de famille, » contre le vouloir et consentement de leurs père et mère,

(1) *Sibi à patre filiæ.*
(2) *Id est, luat pro delicto.*

» n'ayant aucunement devant les yeux la crainte de Dieu, » l'honneur, révérence et obéissance qu'ils doivent à leursdits » parents.... nous eussions long-temps conclu et arrêté sur ce » faire une bonne loi et ordonnance, par le moyen de laquelle » ceux qui, pour la crainte de Dieu, l'honneur et révérence » paternelle et maternelle, ne seroient détournés et retirés de » mal faire, fussent, par la sévérité de la peine temporelle, ré- » voqués et arrêtés..... Pour ces causes....» Il paroît par ces termes, qu'il n'y avoit aucune loi en vigueur contre ces mariages, et que c'est ce qui a porté le roi à faire cet édit.

Ensuite l'édit continue ainsi : « Avons dit, statué...... que » les enfants de famille ayant contracté et qui contracteront » ci-après mariages clandestins contre le gré, vouloir et con- » sentement de leurs père et mère, puissent, pour telle irré- » vérence, ingratitude, mépris et contemnement de leursdits » pères et mères, transgression de la loi de Dieu, être par » leursdits pères et mères, et chacun d'eux, exhérédés....... » Puissent aussi lesdits pères et mères, pour les causes que » dessus, révoquer toutes donations qu'ils auroient faites à » leurs enfants. »

L'édit continue en ces termes : « Voulons que lesdits en- » fants qui ainsi seront illicitement conjoints, soient décla- » rés, audit cas d'exhérédation, et les déclarons incapables » de tous avantages qu'ils pourroient prétendre par le moyen » des conventions apposées ès contrats de mariage, ou par le » bénéfice des coutumes et lois de notre royaume. » Observez que l'édit ne prononce, contre ces enfants, la peine de la déchéance de leurs conventions matrimoniales, et des bénéfices des coutumes, *qu'en cas d'exhérédation :* car la loi n'étant faite que pour venger les pères et mères, lorsque les pères et mères veulent bien leur pardonner, la loi leur pardonne aussi.

Il ne suffit pas aux enfants, pour éviter ces peines, d'avoir requis le consentement de leurs père et mère, s'ils ne l'ont obtenu, sauf en deux cas, sur lesquels l'édit s'exprime en ces termes : « N'entendons comprendre les mariages qui se- » ront contractés par les fils excédant l'âge de 30 ans, et les » filles ayant 25 ans passés et accomplis, pourvu qu'ils se » soient mis en devoir de requérir l'avis et conseil de leursdits » père et mère : ce que voulons aussi être gardé pour le regard » des mères qui se remarient, desquelles suffira requérir leur

» conseil; et ne seront lesdits enfants, audit cas, tenus d'at-
» tendre leur consentement. »

Enfin l'édit ajoute d'abondant : « Avons ordonné que lesdits enfants..... et ceux qui auront traité tels mariages avec » eux, et donné conseil ou aide pour la consommation d'iceux, » soient sujets à telles peines qu'elles seront avisées, selon » l'exigence des cas, par nos juges, etc. »

325. Cette ordonnance de Henri II a été confirmée par celles de Henri III, aux états de Blois, *art.* 41.

En l'article 40 il est dit : « Enjoignons aux curés de s'enquérir de la qualité de ceux qui voudront se marier : et s'ils » sont enfants de famille ou en puissance d'autrui, nous leur » défendons de passer outre à la célébration desdits mariages, » s'il ne leur apparoît du consentement des pères, mères, tu» teurs ou curateurs, sur peine d'être punis comme *fauteurs* » *du crime de rapt.* »

L'édit de Melun, du même roi, confirme l'art. 40 de l'ordonnance de Blois, ci-dessus rapporté.

326. Louis XIII, par sa déclaration du 26 novembre 1639, nous dit que les peines portées par les ordonnances des rois ses prédécesseurs, contre les mariages contractés par des enfants de famille sans le consentement de leurs père et mère, n'ayant pu les arrêter, il a jugé à propos, pour les réprimer, d'en ajouter de nouvelles : et en l'article 2, il dit : « Le con» tenu en l'édit de Blois, de l'an 1556, et aux articles 41..... » de l'ordonnance de Blois, sera observé ; et y ajoutant....... » Avons déclaré et déclarons les veuves, fils et filles moindres » de 25 ans, qui auront contracté mariage contre la teneur » desdites ordonnances, privés et déchus par le seul fait, en» semble les enfants qui en naîtront et leurs hoirs, indignes » et incapables à jamais des successions de leurs pères, mè» res et aïeuls, et de toutes autres directes et collatérales, » comme aussi des droits et avantages qui pourroient leur » être acquis par contrats de mariages et testaments, ou par » les coutumes et lois de notre royaume, même du droit de » légitime; et les dispositions qui seront faites au préjudice » de notre ordonnance, soit en faveur des personnes mariées, » soit par elles au profit des enfants nés de ces mariages, nul» les, et de nul effet et valeur : voulons que les choses ainsi » données...... demeurent irrévocablement acquises à notre » fisc, sans que nous en puissions disposer qu'en faveur des » hôpitaux ou autres œuvres pies, etc. »

Quoique ces lois que nous venons de rapporter, en condamnant les mariages contractés par les enfants de famille sans le consentement de leurs père et mère, paroissent se borner à infliger des peines aux enfants qui les contractent et à ceux qui y ont part, et qu'aucune n'ait déclaré en termes formels et précis, que les mariages des mineurs, contractés sans le consentement de leurs père et mère, sont nuls, néanmoins, si on considère attentivement l'esprit de ces lois, on découvrira facilement qu'elles réputent nuls et non-valablement contractés tous les mariages des mineurs, contractés sans le consentement de leurs père et mère.

L'article 40 de l'ordonnance de Blois, ci-dessus rapporté, en défendant aux curés de passer outre à la célébration du mariage de ceux qui sont enfants de famille ou en puissance d'autrui, s'il ne leur apparoît du consentement des père et mère, tuteurs ou curateurs, sur peine d'être punis comme *fauteurs du crime de rapt*, le donne assez à entendre, puisque l'ordonnance veut que les curés soient en ce cas poursuivis comme *fauteurs du crime de rapt*, pour cela seul qu'ils ont marié un mineur sans le consentement de ses père ou mère : elle suppose donc qu'un mariage de mineur doit passer pour entaché du vice de séduction, pour cela seul qu'il est contracté sans le consentement de ses père et mère, n'y ayant qu'une grande séduction qui puisse porter un mineur à manquer à ce devoir. Mais si le mariage d'un mineur, pour cela seul qu'il est contracté sans le consentement de ses père et mère, est réputé entaché du vice de séduction, c'est une conséquence nécessaire qu'il est pour cela seul réputé nul et non-valablement contracté, la séduction étant contraire à la liberté du consentement, qui est de l'essence du mariage, et étant un empêchement dirimant de mariage; *suprà, n.* 225 *et* 228.

Cette présomption du vice de séduction dans le mariage des mineurs, que l'ordonnance fait résulter du défaut de consentement des père et mère, est du nombre des présomptions qu'on appelle en droit *præsumptiones juris*, qui sont équipollentes à une preuve parfaite, et qui dispensent d'en apporter d'autres.

On peut bien avoir besoin d'autres preuves, pour faire déclarer coupables de séduction la personne que le mineur a épousée sans le consentement de ses père et mère, et pour infliger des peines à cette personne; mais on n'en a pas be-

soin pour déclarer nul le mariage. C'est pourquoi, comme l'observe M. d'Aguesseau, dans son plaidoyer qui sera ci-dessous cité, on trouve plusieurs arrêts qui ont déclaré un mariage nul, en mettant hors de cour sur l'extraordinaire contre la personne que le mineur avoit épousée, et par qui on le prétendoit avoir été suborné.

La raison est, que pour que le mariage d'un mineur, contracté sans le consentement de ses père et mère, soit réputé entaché du vice de séduction, et en conséquence nul, il suffit qu'il y ait eu une séduction, qui est toujours présumée; mais il n'est pas nécessaire que ce soit la personne que le mineur a épousée, qui en soit coupable. Il n'importe de quelle part la séduction soit venue; quand même, ce qui arrive souvent, elle auroit été réciproque, le mariage n'en seroit pas moins censé entaché du vice de séduction, et en conséquence nul : car une séduction, pour être réciproque, n'en est pas moins contraire à la liberté du consentement, qui est de l'essence du mariage.

La séduction en ce cas n'est considérée que dans la chose même : on ne considère pas de la part de qui elle vient; quand même ce seroit le mineur qui s'est marié sans le consentement de ses père et mère, qui se seroit séduit lui-même par sa passion. Quand même celle qu'il a épousée n'y auroit contribué que par le malheur qu'elle a eu de lui plaire, la séduction ne laisseroit pas d'être en ce cas présumée, et le mariage en conséquence réputé nul, comme l'observa M. d'Aguesseau.

Ce que l'ordonnance de Blois, *art.* 40, a ordonné pour la publication des bans de mariage, et pour la manière d'en obtenir dispense, si on fait attention aux motifs qu'elle a eus pour faire ces dispositions, sert aussi à convaincre que l'esprit de cette ordonnance a été d'annuler les mariages des mineurs faits sans le consentement de leurs père et mère.

Cet article que nous avons rapporté *suprà*, *n.* 69, *part.* 2, dit : *Pour obvier aux abus qui adviennent des mariages clandestins*, avons ordonné que nos sujets *ne pourront valablement contracter mariage sans proclamations précédentes de bans.* Si on examine quel a été le principal motif qui a porté l'ordonnance à prescrire cette formalité de la publication des bans, on s'apercevra facilement que son principal objet, en prescrivant cette formalité, et en la prescrivant à peine de nullité des

mariages, a été d'empêcher les mineurs de se marier à l'insçu de leurs père et mère, et sans leur consentement. En effet, le défaut de publication de bans passe pour être de nulle considération dans les mariages des majeurs; même à l'égard du mariage des mineurs, le défant de publication de bans n'y est pas considéré, lorsque les père et mère du mineur ne se plaignent pas du mariage, et qu'il a été fait de leur consentement. Il est donc évident que l'ordonnance de Blois, en prescrivant la formalité de la publication des bans, à peine de nullité des mariages, n'a pu avoir d'autre vue principale que celle d'empêcher les mineurs de pouvoir valablement contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère. Cela supposé, l'ordonnance de Blois, en déclarant nuls et non-valablement contractés les mariages, lorsqu'on auroit manqué d'observer une formalité principalement établie pour empêcher les mineurs de se marier à l'insçu et sans le consentement de leurs père et mère, ne fait-elle pas suffisamment connoître que son esprit est que les mariages des mineurs, contractés sans le consentement de leurs père et mère, ne puissent subsister, et qu'ils soient réputés non-valablement contractés? Pourroit-on penser, sans absurdité, que l'ordonnance eût pu avoir plus d'indulgence pour le mal même qu'elle a voulu prévenir et empêcher, que pour l'inobservation d'une formalité qu'elle n'a établie que pour le prévenir et l'empêcher?

Pour se convaincre encore plus que l'esprit de nos lois est de regarder comme nuls les mariages des mineurs contractés sans le consentement de leurs père et mère, on peut tirer argument de la seconde disposition de l'article 40 de l'ordonnance de Blois, rapportée *suprà, n.* 78, qui porte que la dispense de quelqu'une des proclamations de bans ne pourra être accordée que du consentement des principaux parents des parties contractantes, et par conséquent de leurs père et mère; et de la disposition de la déclaration du 26 septembre 1639, rapportée *suprà, n.* 76, qui exige le consentement des père et mère, tuteurs et curateurs, pour la proclamation des bans des mineurs. Si ces lois requièrent le consentement des père et mère des mineurs, pour que leurs bans soient valablement publiés; si elles les requièrent pour les dispenses des bans, pour qu'elles soient valablement obtenues, n'est-il pas évident que l'esprit de ces lois est de re-

quérir, à plus forte raison, ce consentement des père et mère au mariage des mineurs, pour qu'il soit valablement contracté? le mariage étant quelque chose de plus important que les proclamations de bans et les dispenses; et ce consentement n'étant requis pour les proclamations des bans et pour les dispenses, que pour parvenir à la fin que les mineurs ne puissent valablement contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère.

Nous avons puisé tout ce que nous venons de dire sur la nécessité du consentement des père et mère pour la validité du mariage des mineurs, dans le plaidoyer de monsieur d'Aguesseau, dans la cause de Melchior Fleuri, contre la demoiselle de Rezac, qui se trouve au troisième volume de ses ouvrages, et qui est le trentième de ses plaidoyers. Il faut le lire en entier; les plaidoyers de ce grand magistrat sont faits avec une précision si admirable, qu'il n'y a pas un mot à en retrancher, et qu'on ne peut les extraire sans les énerver.

Toutes les lois que nous avons rapportées, qui concernent le mariage des mineurs de vingt-cinq ans, ont lieu, même dans les coutumes qui permettent aux enfants de se marier après l'âge de vingt ans sans le consentement des pères. La déclaration du 26 novembre 1639, y déroge expressément. Elles ont lieu, même à l'égard de ceux qui, dans certaines provinces du royaume, sont réputés majeurs à vingt ans. Cette majorité coutumière que la loi de leur pays leur accorde, n'a aucun effet en matière de mariage, et elle n'empêche pas que le mariage que ces mineurs de vingt-cinq ans, majeurs de majorité coutumière, auroient contracté sans le consentement de leurs père et mère, ne doive être déclaré non-valablement contracté. Basnage, sur la coutume de Normandie, en fait une maxime, qu'il autorise d'un arrêt du 28 janvier 1659, lequel, sur l'appel comme d'abus qu'une mère avoit interjeté du mariage que son fils, majeur de majorité coutumière, mais mineur de 25 ans, avoit contracté sans son consentement, déclara le mariage nul. Il y a un autre arrêt du 18 mars 1651, rapporté par Soefve, qui a jugé la même chose.

327. Quand même le mineur François auroit contracté son mariage sans le consentement de son père ou de sa mère, hors du royaume, et dans un lieu dont les lois ne regardent pas ces mariages comme nuls, il ne laisseroit pas d'être dé-

claré nul et abusif, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 229.

328. L'éloignement du lieu où demeure le père ou la mère, lorsque ce lieu est connu, ne dispense pas l'enfant d'obtenir ce consentement. L'approbation donnée au mariage par les plus proches parents convoqués à cet effet devant le juge, ne supplée pas à ce consentement, et ne purge pas la présomption du vice de séduction qui résulte du défaut de ce consentement. C'est ce qui a été jugé il y a environ une trentaine d'années, à l'égard du mariage d'une demoiselle de notre ville d'Orléans. Le mariage de cette demoiselle mineure avoit été célébré à Orléans, sans le consentement de sa mère, qui demeuroit dans l'île de Saint-Domingue. Le prévôt d'Orléans avoit homologué l'avis des parents, qui avoient tous approuvé le mariage, et avoient tous en conséquence permis la célébration. Sur l'appel comme d'abus interjeté par la mère, dont on n'avoit pas obtenu le consentement, le mariage a été déclaré nul et abusif, et il a été fait défense au prévôt d'Orléans d'homologuer pareils avis.

329. Il n'en est pas de même lorsque le père ou la mère du mineur est absent de longue absence, et qu'on ne sait où ils sont. Le mineur ne devant pas en ce cas être tenu à l'impossible, il peut, après information faite de son absence, être dispensé d'obtenir son consentement, qui doit en ce cas être suppléé par celui du tuteur et de la famille.

330. Par la déclaration du roi, du 6 août 1686, les enfants sont aussi dispensés d'avoir pour leur mariage le consentement de leurs père ou mère, qui se seront retirés dans les pays étrangers pour cause de religion, ou pour quelque autre cause : mais le mineur doit en ce cas suppléer à ce consentement, par celui de son tuteur, et par un avis de six des plus proches parents et alliés; ou à défaut des parents, d'amis ou voisins assemblés devant le juge royal; et s'il n'y a point de juge royal, devant le juge ordinaire des lieux. La déclaration du 24 mai 1724, article 16, dit la même chose, et ajoute : « En cas qu'il n'y ait que le père ou la mère desdits enfants » mineurs qui soit sorti du royaume, il suffira d'assembler » trois parents ou alliés du côté de celui qui sera sorti du » royaume; ou à leur défaut, trois voisins ou amis, lesquels, » avec le père ou la mère, qui se trouvera toujours présent, » et le tuteur ou curateur, s'il y en a autre que le père ou la

» mère, donneront leur consentement, s'il y échoit, au ma-
» riage proposé ».

331. A plus forte raison le consentement du père ou de la mère n'est pas nécessaire, lorsqu'ils ont perdu l'état civil, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation à une peine capitale : car la mort civile leur fait perdre tous les droits de famille et de puissance paternelle, et les fait réputer comme n'existant plus dans la société civile.

Cela doit avoir lieu, quoique lors du mariage du mineur, contracté sans le consentement de son père condamné par contumace à une peine capitale, le père fût dans les cinq ans, et qu'il ait depuis purgé la contumace, et ait été absous. Quoique l'état civil du père fût alors plutôt suspendu qu'entièrement perdu, et que même par l'effet rétroactif du jugement d'absolution, il soit réputé ne l'avoir jamais perdu, il suffit que lors du mariage, le père dans le fait ne jouît pas de son état civil, qu'il fût réputé être en fuite, pour que le mineur ait été alors en droit de s'en passer, et de le faire suppléer par celui de son tuteur et de sa famille.

On peut, pour notre décision, tirer argument de ce qui est décidé en la loi 12, §. 15, ff. *de capt. et postlim. rev.*, que le mariage qu'un fils de famille a contracté sans le consentement de son père, pendant que son père étoit captif, étoit valable, quoique depuis, le père, par son retour, ait, *jure postliminii*, recouvré tous ses droits, et soit réputé ne les avoir jamais perdus.

Tout ce que nous venons de décider concerne le for extérieur. Les enfants, soit majeurs, soit mineurs, ne doivent pas, dans le for de la conscience, se marier sans en demander l'agrément à leurs père ou mère qui ont perdu l'état civil, lorsqu'ils sont à portée de le leur demander; car la mort civile des pères et mères, ne dispense pas les enfants des devoirs naturels dont ils sont tenus envers eux; *Civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest.*

332. Il reste la question de savoir, dans le cas auquel un mineur ayant requis le consentement de son père ou de sa mère, pour un mariage qu'il prétend lui être très-avantageux, le père ou la mère refusent de le donner, et n'allèguent aucune raison de leur refus, ou n'en allèguent que de mauvaises; si le mineur peut, sur un avis de parents, être dispensé par le juge, de ce consentement, et autorisé à

passer à la célébration du mariage. Je pense qu'ordinairement le juge ne doit pas dispenser le mineur de ce consentement, et que le mineur doit en ce cas attendre le temps de sa majorité. On doit présumer de la piété paternelle, que si le père ou la mère refusent leur consentement, c'est qu'ils ont pour cela de bonnes raisons, qu'ils ne jugent pas à propos de dire.

Il paroît néanmoins y avoir des cas auxquels l'avantage du mariage pour lequel le père et la mère refusent leur consentement, seroit si grand et si évident, et l'injustice du refus si évidente, que les juges pourroient dispenser le mineur du consentement de ses père et mère, sur un avis de parents. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 17 juillet 1722, rapporté au septième tome du Journal, par lequel un mineur, sur un avis de parents, a été autorisé à contracter un mariage avantageux auquel la mère refusoit de consentir. Cela pourroit souffrir plus de difficulté à l'égard du père.

Soefve, *tome 2, cent. 2, chap.* 93, en rapporte un qui a permis à une jeune demoiselle mineure, qui n'avoit ni père ni mère, de passer outre au mariage avec un jeune gentilhomme, nonobstant l'opposition formée par son aïeul maternel; attendu que ce mariage étoit louable, qu'il se faisoit du consentement de la plus grande partie de la famille, que cet aïeul y avoit donné lui-même auparavant son consentement, qu'il ne le révoquoit que sur le prétexte d'une accusation d'un crime capital, intentée par des tiers contre l'accordé, dont il avoit été renvoyé absous.

Quoiqu'un garçon doive avoir trente ans pour qu'il puisse se marier sans le consentement de ses père et mère, après l'avoir requis, sans encourir la peine d'exhérédation, nous trouvons un arrêt du 7 septembre 1684, au quatrième tome du Journal des Audiences, qui a permis à un jeune homme âgé de 27 ans, de contracter un mariage agréé de sa mère et de ses parents, contre la volonté de son père.

333. Lorsqu'un mineur n'a ni père ni mère, il doit faire intervenir pour son mariage le consentement de son tuteur ou curateur. Le curé ne doit pas le marier sans que le mineur lui ait fait apparoir de ce consentement : et lorsque dans le fait il l'a marié, le mariage est présumé de droit entaché du vice de séduction; et sur l'appel du tuteur ou curateur, il doit être déclaré nul, et abusivement contracté.

Ce qui ne doit s'entendre que des curateurs qui ont le mineur sous leur puissance, et non d'un simple curateur aux causes, créé à un mineur émancipé. Un tel curateur n'a pas de qualité pour empêcher le mariage du mineur, comme l'a observé M. Bignon dans son plaidoyer, dont l'extrait est rapporté par Soefve, *tome* 2, *cent.* 2, *chap.* 72.

334. Lorsqu'un mineur a un tuteur honoraire et un tuteur onéraire, c'est le tuteur honoraire qui doit consentir au mariage; car c'est lui qui a le gouvernement de la personne du mineur : le tuteur onéraire n'est créé que pour l'administration de ses biens.

Observez que lorsqu'un mineur a un tuteur en France, et un autre tuteur dans les colonies, c'est le tuteur du lieu où le père du mineur avoit son domicile lors de son décès, qui doit donner son consentement par écrit au mariage du mineur, sur un avis de parents assemblés devant le juge qui l'a nommé; *déclaration du* 15 *décembre* 1721, *art.* 5. Ce juge peut quelquefois, pour de grandes considérations, avant que d'homologuer l'avis des parents par lui reçu, ordonner que le tuteur de l'autre lieu sera entendu par-devant le juge qui l'a nommé, ensemble les parents qui sont audit lieu, sur le mariage proposé, pour, leur avis rapporté, être ordonné ce qu'il appartiendra.

La déclaration du roi, du premier février 1743, *ibidem, art.* 12, porte la même chose.

335. Le consentement des tuteurs et curateurs n'est nécessaire que lorsque le mineur n'a ni père ni mère. Lorsque, sur le refus d'un père ou d'une mère d'avoir la tutèle de ses enfants, on leur a créé un tuteur, le père et la mère ne laissent pas d'avoir en ce cas le gouvernement des personnes de leurs enfants; le tuteur qu'on leur a créé est créé pour administrer leurs biens; et par conséquent c'est au père ou à la mère, plutôt qu'à ce tuteur, qu'il appartient de donner son consentement au mariage de leurs enfants.

336. Il y a quelques différences entre le consentement que doivent donner les père et mère au mariage de leurs enfants, et celui que doivent donner les tuteurs et curateurs des mineurs qui n'ont ni père ni mère.

1° Les père et mère n'ont pas besoin, pour donner leur consentement au mariage de leur enfant mineur, de prendre l'avis des autres parents : au contraire, le tuteur ne doit don-

ner son consentement au mariage de son mineur, qu'après avoir pris l'avis des plus proches parents, tant paternels que maternels du mineur, qu'il doit pour cet effet convoquer devant le juge : *ordonnance de Blois, art. 43.*

2° Le consentement que les tuteurs et curateurs refusent de donner au mariage de leurs mineurs, peut être bien plus facilement suppléé que celui des pères et mères. Le juge, sur le refus du tuteur de donner son consentement au mariage, permet au mineur de faire assembler devant lui ses plus proches parents; et après les avoir entendus, et fait rédiger les avis de chacun des parents convoqués, et les raisons sur lesquelles ils le fondent, il renvoie les parties à l'audience, pour juger si l'on doit permettre au mineur de passer à la célébration du mariage.

Enfin, et c'est la principale différence entre le consentement des père et mère, et celui des tuteurs, le défaut de consentement des père et mère, par cela seul que les enfants mineurs ont méprisé ce consentement, rend le mariage nul, et le fait présumer entaché du vice de séduction, n'y ayant qu'une grande séduction qui puisse porter un fils à se soustraire à ce qu'il doit à cet égard à ses père et mère. Au contraire, le défaut de consentement des tuteurs ne rend le mariage nul et présumé entaché du vice de séduction, que lorsqu'il paroît de la surprise, et que le mariage est désavantageux au mineur, par une inégalité de condition ou de biens. Cette différence entre les père et mère à cet égard, et les tuteurs, est observée dans l'extrait d'un plaidoyer de M. Talon, au *tome 2 du Journal des audiences, liv. 4, ch. 47.*

### §. II. Du consentement des père et mère au mariage de leurs enfants majeurs.

337. Les enfants majeurs, aussi bien que les enfants mineurs, sont obligés de requérir le consentement de leurs père et mère à leur mariage.

Mais il y a deux grandes différences à l'égard de ce consentement, entre les enfants majeurs et les mineurs.

La première est, que si les majeurs ont été mariés sans avoir requis dans les formes juridiques le consentement de leur père ou mère, le mariage n'est point pour cela présumé entaché du vice de séduction, comme l'est celui des mineurs; et il ne peut en conséquence être attaqué par leur

père ou mère, dont ils ont négligé de requérir le consentement : ils sont seulement sujets en ce cas à la peine de l'exhérédation, pour avoir manqué à leur devoir.

Augeard rapporte un arrêt du 2 septembre 1687, sur les conclusions de M. de Lamoignon, qui a confirmé le mariage d'un avocat, contracté en majorité avec une servante, sans avoir égard à l'appel comme d'abus interjeté par la mère, à l'inçu de laquelle il avoit été contracté.

La déclaration de 1639 déclare expressément les fils, quoique majeurs de trente ans, et les filles, quoique majeures de vingt-cinq ans, sujets à la peine de l'exhérédation, lorsqu'ils se sont mariés sans avoir requis par écrit le consentement de leurs père et mère.

L'édit du mois de mars 1697, y soumet même les veuves majeures de vingt-cinq ans, aussi bien que les autres enfants. Il dit que c'est *en ajoutant* à l'édit de 1556, et à l'article 2 de la déclaration de 1639, parce que l'édit de 1556 n'avoit point parlé du tout des veuves, et que l'article 2 de la déclaration de 1639 avoit bien, dans la première partie de cet article, qui concerne les mineurs, compris expressément les veuves mineures; mais que dans la seconde, qui concerne les majeurs, il n'avoit pas parlé des veuves.

Lorsque lesdits enfants, quoique majeurs de vingt-cinq ou de trente ans, et même les veuves majeures de vingt-cinq ans, non-seulement n'ont pas requis le consentement de leur père ou mère, mais encore ont affecté, par une clandestinité, de leur en dérober la connoissance, l'édit de 1697 augmente la peine, en ordonnant que si lesdites veuves, fils ou filles majeurs, demeurants actuellement avec leurs père et mère, contractent à leur insçu des mariages, comme habitants d'une autre paroisse, sous prétexte de quelque logement qu'ils y ont pris peu de temps avant leur mariage, ils soient, par le seul fait, ensemble les enfants qui naîtront de leur mariage, privés des successions de leurs père, mère, aïeux et aïeules, et de tous autres avantages, même du droit de légitime. Leur mariage, outre cela, peut être déclaré nul pour le défaut de présence du propre curé, comme nous le verrons *infrà*.

338. La seconde différence est qu'il ne suffit pas aux mineurs de requérir le consentement de leurs père et mère à leur mariage; il faut qu'ils l'obtiennent, comme nous l'avons vu *suprà*.

Au contraire, aussitôt qu'une fille est majeure de vingt-ans, et aussitôt qu'un garçon est majeur de trente ans, ils satisfont (au moins pour le for extérieur) à tout ce qu'ils doivent à leurs père et mère, en requérant d'eux, dans la forme légitime, leur consentement. Lorsqu'ils l'ont ainsi requis, quoiqu'ils ne l'aient pas obtenu, ils ne sont pas sujets à la peine de l'exhérédation.

Néanmoins, si le mariage étoit tout-à-fait honteux et déshonorant : comme si un fils majeur de trente ans, d'une condition honnête, avoit demandé à son père son consentement pour épouser une comédienne, ou une femme qui auroit été reprise de justice ; si une fille l'avoit demandé pour épouser son laquais ; la requisition faite au père de son consentement, ne devroit pas soustraire l'enfant à la peine de l'exhérédation ; car, bien loin que l'enfant satisfasse en ce cas en partie au respect qu'il doit à son père, en lui demandant son consentement, la requisition du consentement de son père pour un tel mariage, est une insulte qui augmente l'outrage qu'il lui fait par ce mariage, bien loin de le diminuer.

339. Les différences que nous avons observées entre les enfants majeurs qui se marient sans le consentement de leurs père et mère, et les mineurs, n'ont pas lieu lorsque le mariage de l'enfant, quoiqu'il n'ait été contracté qu'en majorité, est une suite de la séduction en minorité. C'est pourquoi, si un fils a contracté mariage *cum turpi personâ*, quoiqu'il l'ait contracté en majorité, si dès sa minorite il avoit véeu dans le désordre avec cette fille, son mariage étant en ce cas une suite de sa séduction en minorité, pourroit être déclaré nul, de même que s'il eût été contracté en minorité, et le rendroit pareillement sujet à la peine de l'exhérédation. C'est une maxime de M. l'avocat-général Bignon, rapportée par l'auteur du *Journal des audiences, tom.* 2, sur un arrêt du 2 juillet 1660.

340. L'arrêt de réglement du 27 août 1692, prescrit la forme légitime dans laquelle les enfants doivent requérir le consentement de leurs père et mère pour leur mariage.

L'enfant doit commencer par présenter au juge royal du lieu du domicile de ses père et mère, une requête aux fins qu'il lui soit permis de faire à ses père ou mère des sommations respectueuses de lui donner leur consentement au ma-

riage qu'il se propose de contracter avec un tel ou une telle. En conséquence de la permission que le juge met au bas de la requête, l'enfant doit se transporter chez ses père ou mère, avec deux notaires, ou un notaire et deux témoins, et là, les requérir de lui accorder leur consentement au mariage qu'il se propose de contracter avec une telle, de laquelle requisition le notaire dresse un acte : c'est ce qu'on appelle *sommation respectueuse.*

Il en doit être fait au moins deux.

341. Lorsqu'un garçon est majeur de vingt-cinq ans, mais au-dessous de l'âge de trente ans, il ne lui suffit pas, pour se mettre à couvert de la peine de l'exhérédation, de requérir par des sommations respectueuses le consentement de ses père ou mère pour son mariage, il faut qu'il l'obtienne; faute de quoi, il est sujet à la peine; l'édit de 1556, *art.* 8, n'ayant excepté de la peine de l'exhérédation que les fils excédant trente ans : mais son mariage ne peut pas être attaqué, et en cela il diffère du mineur.

Le père n'est pas même fondé à s'opposer au mariage; c'est ce qui a été jugé par un arrêt du 12 février 1718, rapporté au septième tome du Journal des audiences, qui donne congé de l'opposition formée par un père au mariage de son fils âgé de vingt-six ans. M. Chauvelin, sur les conclusions duquel l'arrêt fut rendu, dit, suivant que le rapporte le journaliste, qu'un majeur, quoiqu'au-dessous de trente ans, ne pouvoit être empêché de se marier sans le consentement de son père, qu'il s'exposoit seulement à l'exhérédation. Au reste, il y a lieu à la peine de l'exhérédation, quand même le mariage fait sans le consentement des père ou mère, seroit un mariage sortable; sauf qu'en ce cas on tempère l'exhérédation, en adjugeant sur les biens du défunt une somme en usufruit à l'exhérédé, et la propriété de cette somme aux enfants nés et à naître de ce mariage.

### §. III. Si le consentement des pères et mères, tuteurs et curateurs, est requis pour le mariage des bâtards.

342. L'obligation en laquelle sont les enfants, soit d'obtenir, soit, lorsqu'ils ont passé un certain âge, de requérir au moins le consentement de leurs père et mère pour leur mariage, est un effet du droit de puissance paternelle que les

père et mère ont sur leurs enfants. Ce droit de puissance paternelle étant un des effets civils du mariage, comme nous le verrons *infrà, part.* 5, les père et mère ne peuvent avoir ce droit que sur les enfants qui leur sont nés ou censés nés d'un légitime mariage : ils n'ont point ce droit de puissance paternelle sur leurs bâtards, d'où il suit que leurs bâtards ne sont pas dans l'obligation ni d'obtenir, ni même de requérir leur consentement. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du premier février 1662, rapporté au second tome du Journal des audiences; *liv.* 8, *chap.* 47, par lequel, sur l'appel comme d'abus interjeté par une mère, du mariage de son fils bâtard, qui étoit un jeune homme âgé de vingt-trois ans, revêtu d'une charge de secrétaire du roi, qui avoit épousé la fille d'une vendeuse de chapeaux sous le petit châtelet, la cour mit les parties hors de cour.

Lorsque les bâtards sont mineurs, ils ont, comme les autres, besoin pour se marier, du consentement de leur tuteur ou curateur; et lorsqu'ils n'en ont point, on doit leur en créer un.

### ARTICLE II.

#### Du consentement du roi pour le mariage des princes.

343. Suivant un ancien usage qui s'est toujours pratiqué dans le royaume, les princes du sang ne peuvent contracter mariage sans le consentement du roi. On agita beaucoup dans le dernier siècle, si le défaut de ce consentement étoit un empêchement dirimant de mariage. La question fut agitée à l'occasion du mariage de Gaston, duc d'Orléans, que ce prince avoit contracté avec la princesse Marguerite de Lorraine, sans le consentement du roi. Sur l'appel comme d'abus de ce mariage, interjeté par le procureur-général, par arrêt du mois de septembre 1634, sur les conclusions de M. Jérome Bignon, ce mariage fut, pour le défaut de ce consentement, déclaré nul. L'assemblée du clergé de 1635 donna aussi une déclaration, insérée dans le procès-verbal des actes de cette assemblée, par laquelle elle reconnut que, suivant un ancien usage du royaume de France, les princes du sang ne pouvoient contracter mariage sans le consentement du roi; et que le défaut de ce consentement rendoit le mariage nul. Le prince reconnut la nullité de son mariage, par acte du 16

août 1635; mais depuis, étant rentré en grâce, il obtint la permission de le réhabiliter, et il fut de nouveau célébré par l'archevêque de Paris, à Meudon, au mois de mai 1647.

On avoit consulté pour cette affaire les docteurs de Sorbonne, qui, pour la plupart, avoient donné leur avis pour la nullité du mariage : ceux qui firent difficulté de le donner, ne furent arrêtés que parce qu'ils ne croyoient pas que dans les monuments de l'histoire, qui établissoient l'obligation des princes et des grands du royaume, d'obtenir le consentement du roi pour leurs mariages, il se trouvât aucune loi assez formelle et assez précise pour faire, du défaut de ce consentement, un empêchement dirimant : mais ils convenoient que le roi avoit le pouvoir d'en établir un pour l'avenir, s'il jugeoit à propos d'en faire une loi. Tel étoit le sentiment de M. Hennequin, célèbre professeur de Sorbonne, qui, suivant une anecdote que nous rapporte M. Boileau dans son *traité des empêchements de mariage*, ayant été mandé par le cardinal de Richelieu pour dire son avis sur ce mariage, répondit : *le mariage est bon* : que le roi porte une loi qui fasse un empêchement dirimant du défaut de son consentement, et de tels mariages seront nuls.

Nous n'avons pas cru nécessaire de rapporter ici les monuments de l'histoire sur cette matière; la discussion en est trop longue : ils sont recueillis dans le traité de M. Delaunoi, *Regiæ in matrimonia potestas*, où on peut les voir.

## SECTION III.

### De la célébration du mariage en face d'église, et de la compétence du prêtre qui le célèbre.

### ARTICLE PREMIER.

#### De la célébration du mariage en face d'église.

La célébration du mariage en face d'église, qui est aujourd'hui nécessaire pour la validité du mariage, est une matière qui a éprouvé plusieurs changements.

Nous traiterons dans un premier paragraphe, de l'antiquité de la célébration du mariage en face d'église, et de la bénédiction nuptiale; et nous examinerons si elle étoit absolument nécessaire dans les premiers siècles pour la validité

du mariage. Nous rapporterons dans un second paragraphe, les lois qui, dans la suite des temps, ont requis la bénédiction nuptiale, ou l'intervention du curé des parties dans les mariages, pour leur validité. Nous verrons dans un troisième paragraphe, quel étoit dans le douzième siècle et les siècles suivants, jusqu'au temps du concile de Trente, le droit qui s'observoit à l'égard des mariages qui n'avoient pas été célébrés en face d'église. Un quatrième contiendra ce qui s'est passé dans le concile de Trente à l'égard des mariages clandestins, c'est-à-dire, qui n'étoient pas faits en face d'église, et dans la forme prescrite par le concile. Enfin un cinquième paragraphe exposera ce qui a été ordonné sur cette matière par les ordonnances, édits et déclarations de nos rois.

### §. I. De l'antiquité de la bénédiction nuptiale, et de la célébration du mariage dans l'église ; et si elles étoient nécessaires dans les premiers siècles pour la validité des mariages.

344. La célébration du mariage des chrétiens en face d'église, et la bénédiction nuptiale que le prêtre qui célèbre le mariage, donne aux personnes qui se marient, sont de la plus grande antiquité.

Cette bénédiction nuptiale, comme le remarque S. Isidore de Séville, *lib. 2, de off. eccles., cap.* 19, se pratique dans l'église, à l'imitation de celle que Dieu lui-même donna dans le paradis terrestre au mariage de nos premiers parents : *Quòd in ipsâ conjunctione connubii à sacerdote benedicuntur, hoc est à Deo in ipsâ primâ conjunctione hominis factum : sic enim scriptum est : fecit Deus.... et benedixit eis, dicens : crescite, etc.... Hâc ergo similitudine fit nunc in ecclesiâ ; quod tunc factum est in paradiso.*

Nous trouvons des témoignages de cet usage dans les ouvrages de Tertullien, qui a vécu dans le second et dans le troisième siècle : *Undè sufficiemus,* dit-il, *lib.* 2, *ad uxor., cap.* 8, *ad enarrandam felicitatem ejus matrimonii quod ecclesia conciliat, confirmat oblatio, obsignat* (1) *benedictio.* Ce mariage *quod conciliat ecclesia,* peut-il s'entendre autrement que d'un mariage fait en face d'église, dans l'assemblée des fidèles, et par le ministère de l'église, c'est-à-dire, des ministres de l'église ?

(1) Ces mots, *obsignat benedictio,* ne se trouvent pas dans l'édition de *Beatus Rhenanus.*

Ces termes, *confirmat oblatio*, nous font aussi entendre qu'on offroit le saint sacrifice de la messe pour les nouveaux mariés; ce qui fait présumer que les mariages se célébroient les jours de dimanche, lorsque les fidèles étoient assemblés pour le sacrifice de la messe.

Et ces termes, *obsignat benedictio*, ne signifient-ils pas bien clairement la bénédiction nuptiale que le prêtre donnoit aux nouveaux mariés?

Le quatrième siècle nous fournit aussi plusieurs monuments de l'usage de la bénédiction nuptiale: nous en trouvons un dans la lettre de S. Ambroise à Virgile, *n.* 7, où ce père, pour détourner les fidèles de s'allier par mariage avec des infidèles, dit: *Quum ipsum conjugium* VELAMINE SACERDOTALI ET BENEDICTIONE *sanctificari oporteat, quomodò potest conjugium dici, ubi non est fidei concordia?* Cette lettre est la dix-neuvième dans l'édition des Bénédictins.

Nous en trouvons dans le même siècle un autre dans une lettre du pape Syrice, qui monta sur le saint Siége en l'année 384 ou 385; c'est dans sa lettre à Hymère, évêque de Tarragone. Ce pape, en faisant au chap. 9 de cette lettre, le détail des qualités qu'il faut avoir pour être promu aux ordres, rapporte celles-ci: *Si probabiliter vixerit, unâ tantùm et eâ quam virginem communi per sacerdotem benedictione perceperit, uxore contentus.*

Le quatrième concile de Carthage, qu'on prétend avoir été tenu l'an 398, fournit pour ce siècle un troisième témoignage. Il est dit au canon quinzième: *Sponsus et sponsa quum benedicendi sunt à sacerdote, à parentibus suis vel paranymphis offerantur, qui quum benedictionem acceperint; eâdem nocte, pro reverentiâ ipsius benedictionis, in virginitate permaneant.*

Il est vrai que les critiques ont soupçonné de supposition les canons de ce prétendu quatrième concile de Carthage; mais quand nous abandonnerions ce témoignage, les précédents que nous avons rapportés, contre lesquels on ne peut rien opposer, sont plus que suffisants pour certifier l'usage dans lequel on étoit dans l'église au quatrième siècle, de faire intervenir dans les mariages des fidèles, la bénédiction nuptiale.

Au commencement du cinquième siècle, le pape Innocent I, dans sa lettre à Victrice, évêque de Rouen, *art.* 6, fait aussi mention de la bénédiction nuptiale: *Benedictio quæ per sacerdotem nubentibus imponitur.*

345. Cette bénédiction nuptiale n'étoit néanmoins qu'un pieux usage, et n'étoit pas nécessaire pour le mariage, qui pouvoit sans cela être valablement contracté.

La loi vingt-deuxième, *cod. de nuptiis,* qui est de Théodose et Valentinien, ne nous laisse aucun doute à cet égard : *Si donationum ante nuptias vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam, aliaque nuptiarum celebritas omittatur, nullus existimet ob id deesse rectè inito matrimonio firmitatem, vel ex eo natis liberis jura posse legitimorum auferri; inter pares honestate personas nullâ lege impediente consortium, quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur.*

On ne peut pas dire plus formellement que le seul consentement des parties, justifié par le témoignage de leurs amis, devant qui elles l'ont déclaré, suffit pour la validité de leurs mariages : *etsi pompa aliaque nuptiarum celebritas omittatur.* Ces termes, *aliaque nuptiarum solemnitas,* désignent manifestement la cérémonie de la célébration du mariage en face d'église, et de la bénédiction nuptiale, dont les empereurs décident que l'omission n'empêchoit pas alors la validité du mariage.

Observez que la loi dit, *inter pares honestate personas;* car lorsqu'un homme se marioit avec une femme de vile condition, il falloit alors qu'il fût établi par un acte de conventions matrimoniales, qu'il la prenoit pour légitime épouse, plutôt que pour une simple concubine : ce qui fut depuis abrogé par Justinien; l. 27, §. 7, *cod. de nupt.*

On peut encore tirer argument de la Novelle 74. Justinien, au chap. 4 de cette novelle, commence par dire : *Antiquis promulgatum est legibus, et à nobis ipsis sunt hæc eadem constituta, ut etiam nuptiæ extrà dotalia instrumenta,* EX SOLO AFFECTU *valeant et ratæ sunt.*

Ces termes, EX SOLO AFFECTU, disent clairement que pour la perfection et la validité du mariage, le seul consentement des parties suffit; et qu'il n'est pas besoin qu'il intervienne aucune autre chose, pas même la cérémonie de la bénédiction nuptiale.

Ensuite Justinien rapporte l'abus des preuves trop légères qu'on admettoit de ce consentement des parties, par des témoins qui disoient avoir entendu les parties s'appeler par des noms dont les personnes mariées ont coutume de s'appeler : *Introëuntes testes sine periculo mentientes, quia vir vocabat* DO-

MINAM (1) *cohærentem, et ista illum similiter nominabat; et sic eis finguntur matrimonia non pro veritate confecta.*

Cela prouve que les mariages pouvoient se contracter sans les célébrer publiquement à l'église; car si cette célébration eût été nécessaire, on n'auroit pas admis avant la Novelle, pour preuve du mariage, le seul témoignage des témoins qui disoient avoir entendu les parties se traiter de mari et femme. Ce que Justinien, pour remédier à ces abus, prescrit pour la preuve des mariages, prouve pareillement qu'on pouvoit les contracter valablement sans aller à l'église, et sans bénédiction nuptiale. Il ordonne que le mariage légitime des personnes d'un rang illustre, ne puisse se prouver que par un acte de conventions matrimoniales. A l'égard des personnes d'un rang inférieur, et néanmoins d'une condition honnête, il veut qu'à défaut d'acte de conventions matrimoniales, elles aillent dans quelque église, *in aliquâ orationis domo*, y déclarer leur mariage au défenseur qui en doit dresser un acte en présence de témoins. Il excepte de sa loi les personnes de basse condition.

De là on peut tirer cette conséquence : Justinien n'a ordonné par cette Novelle d'aller à l'église, qu'à défaut d'acte de conventions matrimoniales; et encore ce n'étoit pas pour y recevoir la bénédiction nuptiale, dont il n'est pas dit un mot; mais pour y faire dresser un acte de leur mariage par le défenseur, qui souvent étoit un laïque. Donc, quand il y avoit un acte de conventions matrimoniales, il n'étoit pas même du tout nécessaire d'aller à l'église. Justinien excepte de sa loi les personnes de basse condition; donc ces personnes pouvoient valablement contracter mariage sans aucune forme.

Non-seulement la bénédiction nuptiale, quoique pratiquée dans l'église, n'étoit pas nécessaire pour que le contrat de mariage fût valable comme contrat civil, mais encore elle n'étoit pas plus nécessaire pour qu'il fût sacrement. C'est ce qui paroît par la réponse du pape Nicolas I à la consultation des Bulgares, dans le neuvième siècle. Ce pape, en l'art. 3, expose ainsi les usages de l'église romaine pour la célébration des mariages : *Primùm quidem in ecclesiâ Domini, cum*

(1) *Hoc nomine uxores à maritis appellari solebant*; l. 19, 1, §. ff. *de ann. leg.*

*oblationibus quas offerre debent Deo, per sacerdotis manum statuuntur, sicque demùm benedictionem et velamen cœleste suscipiunt..... post hæc de ecclesiâ egressi, coronas in capitibus gestant, quæ semper in ecclesiâ ipsâ sunt solitæ reservari...... hæc sunt jura nuptiarum.* Ensuite le pape ajoute : *Peccatum autem esse, si hæc cuncta in nuptiali fœdere non interveniant, non dicimus, quemadmodùm Græcos vos adstruere dicitis, præsertim quum tanta soleat arctare quosdam rerum inopia, ut ad hæc præparanda nullum his suffragetur auxilium; ac per hoc sufficiat, secundùm leges,* SOLUS EORUM CONSENSUS *de quorum conjunctionibus agitur.*

Ce pape dit bien clairement que le seul consentement des parties, donné selon les lois, c'est-à-dire, pourvu que les lois permettent le mariage entre ces personnes, quoiqu'elles ne soient pas allées à l'église recevoir la bénédiction nuptiale, suffit pour la validité du sacrement de mariage. Il ne peut pas être douteux que c'est du mariage considéré comme sacrement, que le pape entend parler : c'étoit sur ce qui étoit nécessaire pour le mariage comme sacrement, que les Bulgares l'avoient consulté.

§. II. Des lois qui ont requis pour la validité des mariages, qu'ils fussent célébrés en face d'église.

346. La bénédiction nuptiale et la célébration du mariage en face d'église, qui n'étoient d'abord que de pieux usages, furent dans la suite requis pour la validité des mariages.

Pour remédier aux abus qu'occasionnoit la clandestinité des mariages que plusieurs personnes contractoient sans aller à l'église recevoir la bénédiction nuptiale, dans la vue de les tenir secrets, nos rois jugèrent à propos d'ordonner que leurs sujets, lorsqu'ils contracteroient mariage, le contracteroient en face d'église, où ils recevroient la bénédiction nuptiale, à peine de nullité des mariages qui se contracteroient sans y observer cette formalité. C'est ce que nous trouvons établi dans le recueil des capitulaires de Charlemagne et de ses successeurs, fait par Benedictus Levita. Il est dit au livre sixième, art. 130 : *Nec sinè benedictione sacerdotis, qui antè innupti erant, nubere audeant.*

La bénédiction nuptiale ne se donnoit qu'aux premiers mariages. C'est pour cela que le capitulaire dit, *qui antè innupti*

*erant.* Mais quoiqu'il n'intervînt pas de bénédiction nuptiale dans les seconds et ultérieurs mariages, les parties n'étoient pas moins obligées d'y faire intervenir le curé, pour donner au nom de l'église, publiquement et en présence du peuple, son approbation à leur mariage. C'est ce que nous apprend le capitulaire 408, où il est dit : *Ne Christiani ex propinquitate sui sanguinis connubia ducant; nec sinè benedictione sacerdotis cum virginibus nubere audeant, neque viduas absque suorum sacerdotum consensu et conniventiâ plebis ducere præsumant.*

Ces capitulaires comprenant dans une même défense les mariages entre parents, et ceux qui se contractent sans bénédiction nuptiale, ou au moins sans l'intervention du curé, il s'ensuit que cette défense étoit faite à peine de nullité.

Le capitulaire 463 du livre septième s'en explique formellement, en rapportant expressément la bénédiction nuptiale parmi les choses nécessaires pour la légitimité du mariage d'une fille : *Aliter legitimum, ut à patribus accepimus....... non fit conjugium, nisi.... (uxor) suo tempore sacerdotaliter, ut mos est, cum precibus et oblationibus à sacerdote benedicatur, etc.*

Tout ceci avoit été ainsi ordonné, comme nous l'avons déjà dit, pour empêcher la clandestinité des mariages. C'est ce que nous apprend le capitulaire 179 du livre septième, où il est dit : *Sancitum est ut publicè nuptiæ ab his qui nubere cupiunt, fiant, quia sæpè in nuptiis clàm factis gravia peccata...... et hoc ne deinceps fiat, omnibus cavendum est; sed priùs conveniendus est sacerdos in cujus Parochiâ nuptiæ fieri debent, in ecclesiâ coràm populo, et ibi inquirere unà cum populo ipse sacerdos debet, si ejus propinqua sit, an non....... Postquàm ista omnia probata fuerint, et nihil impedierit, tunc, si virgo fuerit, cum benedictione sacerdotis, sicut in sacramentario continetur, et cum consilio multorum bonorum hominum, publicè et non occultè ducenda est uxor.*

Ce capitulaire se trouve aussi dans le recueil d'Isaac, évêque de Langres, *tit.* 5, *art.* 6.

Dans le quatrième supplément des capitulaires de Charlemagne, qui est un recueil de quelques canons et de quelques lois de princes séculiers, que Charlemagne déclare vouloir être insérés dans ses capitulaires, et avoir force de loi, le second article, tiré des lois des Visigoths, prononce une amende de cent sous, ou, à défaut d'argent, une peine de cent coups

de fouet contre les Chrétiens qui contracteront mariage sans bénédiction nuptiale.

Le concile de Trosli, tenu l'an 909, sous Charles le Simple, *can. 7*, dit : *Decernimus et nos secundùm constitutionem antiquam, ut nullus occultas nuptias, etc.... sed dotatam et à parentibus traditam, per benedictionem sacerdotum accipiat, qui vult uxorem, sicut in libro supradicto, cap.* 179, *monetur his verbis : Sancitum, etc.*

Le concile rapporte tout de suite les propres termes de ce capitulaire, que nous avons ci-dessus rapportés.

§. III. Du droit qui s'observoit dans le douzième siècle et les suivants, jusqu'au temps du concile de Trente, à l'égard des mariages clandestins, c'est-à-dire, qui n'étoient pas célébrés en face d'église.

347. Les lois que nous avons rapportées au paragraphe précédent, tombèrent par la suite en désuétude : on ne regarda plus la bénédiction nuptiale et la célébration du mariage en face d'église, comme nécessaires absolument pour la validité du mariage. Il étoit censé valablement contracté par cela seul que les parties s'étoient réciproquement promis de se prendre pour mari et femme. C'est ce qu'on appeloit *Sponsalia de præsenti.*

Alexandre III, dans le douzième siècle, n'exigeoit pas autre chose pour la validité d'un mariage, dans sa décrétale qui est au chap. 9, *Ext. de sponsal. et matrim. Ex parte C. mulieris*, dit ce pape, *nobis intimatum est quòd Andreas juramentum præstitit quòd eam ab eo tempore pro conjuge teneret, et ei sicut uxori suæ fidem servaret ; ipsa quoque eidem Andreæ juravit se illum pro marito habiturum..... quo facto* (il n'est fait mention d'aucune célébration de mariage en face d'église), *prænominatus Andreas reliquit eamdem..... Mandamus quatenùs eumdem ut super inductâ dimissâ, ad uxorem suam redeat.... cogatis.*

Il y a dans l'ancienne collection, au titre *de sponsà duor., cap.* 8, une décrétale du même pape, adressée à l'évêque de Norwick, qui est encore plus formelle. Il y est dit : *Ex tuis litteris intelleximus virum quemdam et mulierem sese invicem recepisse, nullo sacerdote præsente, nec adhibitâ solemnitate quam solet Anglicana Ecclesia exhibere, et aliam prædictam mulierem ante carnalem commixtionem solemniter duxisse et cognovisse : tuæ prudentiæ duximus respondendum quòd, si priùs vir et mulier ipsa, de præsenti se receperint, dicendo unus alteri, ego te*

*recipio in meam, et ego te recipio in meum; etiamsi non intervenerit illa solemnitas, nec vir mulierem carnaliter cognoverit, mulier ipsa primo debet restitui, quum nec potuerit, nec debuerit post talem consensum alii nubere.*

Le même pape, au chap. 2, *ext. de clandest. despons.*, dit que lorsque des mariages ont été contractés avec tant de clandestinité, qu'il n'y en ait aucune preuve, l'église n'a pas de moyens pour contraindre les parties qui en disconviennent, à tenir leur foi : mais lorsque les parties déclarent ces mariages, l'église, à moins qu'il n'y ait d'ailleurs quelque empêchement, doit les reconnoître comme aussi valables que s'ils avoient d'abord été contractés en face d'église : *Verùm si personæ contrahentium hæc voluerint publicare, nisi rationabilis causa præpediat, ab ecclesiâ recipienda, et comprobanda tanquam si ab initio in ecclesiæ conspectu celebrata.*

Il résulte pareillement de la décrétale du même pape Alexandre III, qui est au chap. *Illud*, 11, *ext. de præsumpt.*; et de celle d'Innocent III, qui est au chap. 6, *ext. de eo qui cogn. consang.*, *etc.*, que ces papes regardoient les mariages contractés seulement *per verba de præsenti*, comme de vrais mariages.

Le même pape Innocent III, dans le concile de Latran, ayant défendu les mariages clandestins, c'est-à-dire, ceux qui ne sont pas contractés en face d'église, et ayant ordonné que même ceux qui se célébreroient en face d'église, seroient précédés de trois bans de mariage, ne déclare pas néanmoins nuls les mariages clandestins, lorsque les parties sont d'ailleurs capables de contracter mariage ensemble; et il se contente d'ordonner qu'on imposera en ce cas une pénitence à ceux qui les contracteront : *His qui taliter præsumpserint etiam in gradu concesso copulari, condigna pœnitentia injungatur*; cap. fin., *ext. de clandest. despons.*

Les mariages clandestins, c'est-à-dire, ceux qui ne sont pas contractés en face d'église, mais secrètement, *per sponsalia de præsenti*, continuèrent toujours depuis à être regardés comme valables. Ils étoient encore regardés comme tels au temps du concile de Trente; et ce concile va même jusqu'à frapper d'anathème ceux qui nieroient que ces mariages fussent de vrais mariages, tant que l'église n'a pas encore jugé à propos de les déclarer nuls, quoiqu'elle les ait toujours détestés : *Tametsi dubitandum non est*, dit le concile,

*clandestina matrimonia libero contrahentium consensu facta, rata esse et vera matrimonia, quamdiù ecclesia ea irrita non fecit; et proindè jure damnandi sunt illi, ut eos S. Synodus anathemate damnat, qui ea vera ac rata esse negant.*

Par ces termes, *rata esse et vera*, le concile déclare que ces mariages étoient non-seulement de vrais mariages, en tant que contrats civils, mais même qu'ils étoient sacrements : c'est ce que signifie ce terme RATA dans le langage des canonistes, comme on peut le voir au chap. 7, *extr. de divort.*, où Innocent III dit, que quoique le mariage des infidèles soit un vrai mariage, il n'est pas RATUM, pour dire qu'il n'est pas sacrement : *Etsi matrimonium verum inter infideles existat, non tamen est* RATUM; *inter fideles autem verum et ratum existit, etc.* C'est une fort mauvaise objection que de dire que si ces mariages sont sacrements, l'église ne doit pas les détester. Je réponds qu'elle les déteste, comme elle déteste les mauvaises dispositions dans lesquelles on confère et on reçoit les autres sacrements, qui ne laissent pas d'être sacrements, nonobstant ces mauvaises dispositions.

### §. IV. De ce qui se passa au concile de Trente, à l'égard des mariages clandestins.

348. Il fut beaucoup question au concile de Trente, des mariages clandestins, c'est-à-dire, de ceux qui ne sont pas contractés en face d'église. Tous en reconnoissoient les abus. Le meilleur moyen d'y remédier, étoit de les déclarer nuls; mais il y en avoit qui doutoient si le concile en avoit le droit.

Fra-Paolo, dans son Histoire de ce concile, *liv.* 7, rapporte que, dans la congrégation des Théologiens qui fut tenue sur ce sujet le 9 février 1563, et jours suivants, Maillard, doyen de Sorbonne, dit que l'église n'avoit pas ce pouvoir; qu'elle ne sauroit faire qu'un sacrement légitime dans le temps présent, fût invalide à l'avenir; qu'elle ne pouvoit pas exiger pour la validité du mariage, qu'il se contractât publiquement, le premier mariage entre Adam et Eve, qui est le modèle des autres, s'étant fait sans témoins. Le jésuite Salmeron disoit au contraire que l'église a tant de pouvoir sur la matière des sacrements, qu'elle peut y altérer tout ce qui n'est pas de leur essence; que les qualités de *public* ou de *secret* étant accidentelles au mariage, l'église peut ordonner sur ces

qualités ce que bon lui semble, et par conséquent exiger, pour sa validité, qu'il fût public.

Palavicin, dans son histoire, donne un démenti à Fra-Paolo, sur ce qu'il rapporte de l'avis du doyen Maillard, et dit que c'est un fait controuvé.

Dans la vingt-quatrième session du concile, qui fut tenue le 11 novembre de la même année, on lut le projet de décret qui avoit été fait pour déclarer nuls les mariages clandestins, et le décret passa contre l'avis de cinquante-six prélats qui répondirent par *non placet*. L'évêque de Warmie, qui regardoit la validité de ces mariages comme un dogme de foi, ne voulut pas y assister; *Fra-Paolo, liv.* 28.

Le décret sur ce point, qui fut arrêté en cette session, est conçu en ces tesmes : *Qui aliter quàm præsente Paracho vel alio sacerdote de ipsius Parochi seu ordinarii licentiâ, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos S. Synodus ad sic contrahendum matrimonium omninò inhabiles reddit, et hujusmodi contractus irritos et nullos esse decernit.*

Observez que quoique la forme prescrite par le concile pour les mariages, soit très-sage, et qu'elle ait été en conséquence adoptée et confirmée par les ordonnances de nos rois, comme nous le verrons au paragraphe suivant; néanmoins le concile excédoit son pouvoir en déclarant nuls, de sa seule autorité, les contrats de mariages où elle n'auroit pas été observée : car les mariages, en tant que contrats, appartiennent, comme tous les autres contrats, à l'ordre politique; et ils sont par conséquent de la compétence de la puissance séculière, et non de celle du concile, à qui il n'appartenait pas de statuer sur leur validité ou invalidité.

§. V. De ce que les ordonnances de nos rois ont ordonné contre les mariages clandestins; et de la forme qu'elles ont prescrite pour que les mariages fussent valablement contractés.

349. Le concile de Trente ne put être reçu en France, malgré les efforts que firent la cour de Rome et le clergé, pour l'y faire recevoir. Tous les catholiques reconnoissoient, et ont toujours depuis reconnu que les décisions de ce concile sur le dogme, sont la foi de l'église; mais l'atteinte qu'il donne dans ses décrets de discipline aux droits de la puissance séculière, et à nos maximes sur un très-grand nombre de

points, fut et sera toujours un obstacle insurmontable à sa réception dans ce royaume. On peut en avoir la liste dans une dissertation sur la réception et l'autorité du concile de Trente en France, qui est à la fin de l'excellent ouvrage de M. Rassicod, qui a pour titre, *Notes sur le concile de Trente*, et qui a été imprimé à Cologne, en 1706.

Le décret du concile ne pouvant pas remédier aux abus des mariages clandestins en France, où ce concile n'étoit pas reçu, et où ses décrets ne pouvoient par conséquent avoir aucune autorité, le roi Henri III jugea à propos d'y remédier lui-même, ayant dans lui-même autant de pouvoir pour cet effet, qu'en avoit le concile, comme nous l'avons établi dans la première partie de ce Traité. C'est ce qu'il fit par son ordonnance, rendue aux états de Blois, *art.* 40, où il est dit : « Avons ordonné que nos sujets ne pourront *valablement* » contracter mariage sans proclamations précédentes ; .... » après lesquels bans, seront épousés publiquement ; et pour » témoigner de la forme, y assisteront quatre témoins dignes » de foi, dont sera fait registre, etc. » Et par l'article 44, il est défendu à tous notaires, sous peine de punition corporelle, de recevoir aucunes promesses de mariage par paroles de présent.

Par l'édit de Henri IV, du mois de décembre 1606, le roi veut que les causes concernant les mariages, appartiennent à la connoissance des juges d'église, *à la charge* qu'ils seront tenus de garder les ordonnances, même celle de Blois en l'article 40 ; et suivant icelles déclarer les mariages qui n'auront été faits et célébrés en l'église, et avec la forme et solemnité requises par ledit article, nuls et non-valablement contractés, comme peine indicte par les conciles (1).

La déclaration du roi Louis XIII, de 1639, *article* 1, ordonne que l'article 40 de l'ordonnance de Blois soit exactement gardé ; et en l'interprétant.......... qu'à la célébration d'icelui assisteront quatre témoins avec le curé, qui recevra le consentement des parties, et les conjoindra en mariage, suivant la forme pratiquée en l'église. Fait défenses à tous prêtres de célébrer aucuns mariages qu'entre leurs parois-

(1) Voyez les conciles de Tours, *tit.* 9, *de Matrimonio* ; de Reims, *d. tit. art.* 2 ; de Bordeaux, *d. tit.* Ces trois conciles ont été tenus en 1583.

siens, sans la permission par écrit du curé ou de l'évêque.

L'édit de 1697 confirme les ordonnances concernant la célébration des mariages, et notamment celles qui regardent la nécessité de la présence du propre curé. « Voulons ( y est» il dit ) que les ordonnances des rois nos prédécesseurs, con» cernant la célébration des mariages, et notamment celles » qui regardent LA NÉCESSITÉ de la présence du propre curé de » ceux qui contractent, soient exactement observées. »

350. Cette présence du curé requise par nos lois pour la validité des mariages, n'est pas une présence purement passive : c'est un fait et un ministère du curé qui doit recevoir le consentement des parties, et leur donner la bénédiction nuptiale.

Cela résulte des termes de la déclaration de 1639, ci-dessus rapportée, où il est dit, que *le curé recevra le consentement des parties, et les conjoindra en mariage, suivant la forme pratiquée en l'église.*

Il ne suffiroit donc pas pour la validité du mariage, que les parties allassent trouver à l'église leur curé, et qu'ils lui déclarassent qu'il se prennent pour mari et femme : il faut que le curé célèbre le mariage. C'est pourquoi, par arrêt de 1676, rapporté par d'Héricourt, *p.* 3, *ch.* 5, *art.* 1, *n.* 27, un mariage dont les parties s'étoient fait, dans l'église, donner acte par un notaire, sur le refus fait par un curé de le célébrer, fut déclaré nul; et en conséquence, par arrêt du 10 mai 1713, un enfant né de ce mariage fut déclaré bâtard.

351. Depuis, il y a eu un arrêt de réglement du 5 septembre 1650, qui fait défenses à tous notaires, à peine d'interdiction, de passer aucuns actes par lesquels les hommes et femmes déclarent qu'ils se prennent pour mari et femme, sur le refus qui leur seroit fait par les évêques, grands-vicaires et curés, de leur conférer le sacrement de mariage; et ordonnne que lesdits évêques, grands-vicaires et curés seront tenus de donner des actes par écrit, contenant les causes de leur refus, lorsqu'ils en seront requis. Pareilles défenses aux notaires, par arrêt du 20 décembre 1688, rapporté au cinquième tome du Journal.

352. Lorsque le refus du curé est mal fondé, les parties ont deux voies pour se pourvoir : la première, qui est la voie ordinaire, est la demande qu'ils peuvent donner contre le curé, pour qu'il lui soit enjoint de célébrer le mariage.

Cette demande ayant pour objet le sacrement de mariage, est une cause spirituelle qui doit être portée devant le juge ecclésiastique, c'est-à-dire, devant l'official. Le juge royal est incompétent pour en connoître, suivant qu'il a été jugé par arrêt du 10 juin 1692, rapporté au cinquième tome du Journal des audiences. La seconde voie est celle de l'appel comme d'abus, au parlement, du refus du curé. Les parties peuvent aussi appeler comme d'abus de la sentence de l'official, qui auroit autorisé le refus du curé.

353. Ce que nous avons dit, que le prêtre qui célèbre le mariage, n'est pas un simple témoin, et qu'il y exerce un ministère, n'est pas contraire à ce qu'enseignent les théologiens, que les parties qui contractent mariage sont elles-mêmes les ministres du sacrement de mariage. Il est vrai qu'elles en sont les ministres quant à ce qui est de sa substance, et qu'elles se l'administrent réciproquement par leur consentement, et la déclaration extérieure qu'elles se font de ce consentement; mais le prêtre est, de son côté, le ministre des solemnités que l'église et le prince ont jugé à propos d'ajouter au mariage, pour sa validité; et il est préposé par l'église et par le prince, pour exercer ce ministère.

## ARTICLE II.

### De la compétence du prêtre qui célèbre le mariage.

354. Il faut, pour la validité du mariage, non-seulement qu'il ait été célébré en face d'église, mais encore que le prêtre qui l'a célébré, ait été compétent.

Nous verrons, 1° quel prêtre est compétent pour la célébration des mariages; 2° quelle est la peine des parties qui ont célébré leur mariage devant un prêtre incompétent; 3° quelle est la peine du prêtre qui l'a célébré; 4° si, lorsque les parties sont de différentes paroisses, le curé de l'une des parties peut valablement célébrer le mariage sans le consentement du curé de l'autre partie.

#### §. I. Quel est le prêtre compétent pour la célébration du mariage.

355. Le prêtre compétent pour la célébration des mariages, est le curé des parties.

Le curé des parties est celui du lieu où elles font leur résidence ordinaire.

Lorsqu'une personne demeure une partie de l'année dans un lieu, et une autre partie dans un autre, son curé est celui du lieu où est sa principale demeure, où il fait ses pâques, où il a coutume de se dire *demeurant* dans les actes qu'il passe, où il est imposé aux charges publiques.

356. Lorsqu'une personne a transféré sa demeure d'un lieu dans un autre, pour que le curé du lieu de sa demeure actuelle soit compétent pour la marier, il faut qu'il y ait au moins six mois qu'elle y soit demeurante, lorsqu'elle sort d'une paroisse du même diocèse; ou un an entier, lorsqu'elle sort d'un autre diocèse. Sans cela, son curé actuel ne peut la marier sans un certificat de publication de bans, du curé de la paroisse d'où elle est sortie. C'est ce qui est porté par l'édit du mois de mars 1697, où il est dit : « Défendons à tous » curés de conjoindre en mariage autres personnes que ceux » qui sont leurs vrais paroissiens, demeurants actuellement » et publiquement dans leurs paroisses, au moins depuis six » mois à l'égard de ceux qui demeuroient auparavant dans » une autre paroisse de la même ville ou du même diocèse; » ou depuis un an, pour ceux qui demeuroient dans un autre » diocèse. »

357. Lorsque les parties contractantes sont mineures, leur curé, qui doit célébrer leur mariage, est celui du lieu de la demeure de leurs père et mère, tuteur ou curateur, quand même elles auroient ailleurs un domicile de fait; sauf qu'en ce cas leurs bans doivent aussi être publiés en la paroisse du lieu de ce domicile de fait. C'est la disposition de l'édit du mois de mars 1697, où il est dit : « Déclarons que le domicile » des fils et filles de famille mineurs de vingt-cinq ans, pour » la célébration de leur mariage, est celui de leurs père et » mère, ou de leur tuteur ou curateur, après la mort de leurs- » dits père et mère; et en cas qu'ils aient un autre domicile de » fait, ordonnons que les bans seront publiés dans les parois- » ses où ils demeurent, et dans celles de leurs pères, mères, » tuteurs et curateurs. »

358. L'évêque des parties n'est pas moins compétent que leur curé, pour la célébration de leur mariage, puisqu'il est leur premier pasteur.

359. Enfin un prêtre qui a permission de l'évêque ou du curé des parties pour célébrer leur mariage, est très-compétent pour le célébrer : le mariage étant célébré par la per-

mission du curé ou de l'évêque, c'est comme si l'évêque ou le curé l'eussent eux-mêmes célébré.

Le vicaire d'une paroisse est censé, par sa qualité de vicaire, avoir la permission du curé pour célébrer les mariages de la paroisse : le curé est censé la lui avoir donnée, en le recevant pour son vicaire; et il n'est pas nécessaire qu'il la renouvelle pour chaque mariage.

Il en est de même d'un prêtre habitué, qu'un curé a préposé pour la célébration des mariages dans la paroisse : il est évident qu'en lui donnant cette commission, il lui a donné la permission de les célébrer, tant que sa commission n'est pas révoquée.

360. Tout autre prêtre qui n'a la permission ni de l'évêque, ni du curé des parties, est incompétent pour le célébrer.

C'est ce qui résulte de la déclaration de 1639, qui, après avoir ordonné que ce sera le curé qui recevra le consentement des parties, ajoute : « défenses à tous prêtres de marier » autres personnes que leurs vrais paroissiens, sans la per» mission par écrit des curés des parties, ou de l'évêque. »

Cette permission par écrit n'est pas néanmoins nécessaire, lorsque c'est le vicaire, ou le prêtre préposé à la célébration des mariages, qui l'ont célébré : pareillement, quoique le mariage ait été célébré par un prêtre étranger, s'il l'a été en présence du curé, cette présence, dont il est fait mention dans l'acte de célébration sur le registre du curé, équipolle à une permission par écrit du curé.

### §. II. De la peine des parties qui ont fait célébrer leur mariage par un prêtre incompétent.

361. La peine des parties qui ont fait célébrer leur mariage par un prêtre incompétent, est la nullité de leur mariage.

Quoique le concile de Trente, qui a prononcé cette peine (1) comme nous l'avons vu *suprà, n.* 348, n'ait pas été reçu en France, nos rois ont adopté et confirmé sa disposition à cet égard.

---

(1) *Qui aliter quàm præsente parocho, vel alio sacerdote de ipsius parochi seu ordinarii licentiâ matrimonium contrahere attentabunt.... S. Synodus.... hujusmodi contractus illicitos et nullos esse decernit.*

La déclaration de 1639, en prescrivant la forme de la célébration des mariages, exige que ce soit le curé qui le célèbre (ou quelqu'un par lui commis) : « *A la célébration assis-* » *teront quatre témoins avec* LE CURÉ, *qui recevra le consentement* » *des parties, etc.* »

L'édit du mois de mars 1697, ne laisse aucun doute sur la nullité des mariages célébrés devant un prêtre incompétent : après avoir dit dans le préambule : « Les saints conciles ayant » prescrit comme une des solennités ESSENTIELLES au sacrement » de mariage, la présence du propre curé de ceux qui con- » tractent, les rois nos prédécesseurs ont autorisé par plu- » sieurs ordonnances l'exécution d'un règlement si sage, » etc. »; il est dit ensuite dans le dispositif : Voulons que les » dispositions des saints canons, et les ordonnances des rois » nos prédécesseurs, concernant la célébration des mariages, » et notamment celles qui regardent la NÉCESSITÉ de la pré- » sence du propre curé de ceux qui contractent, soient exac- » tement observées ; défendons, etc. »

Dire qu'une chose est une *solemnité essentielle au mariage*, c'est dire qu'elle est de l'essence du mariage, et qu'en conséquence il ne peut y avoir de vrai mariage lorsqu'elle n'a pas été observée. Les saints conciles, en déclarant que la présence du propre curé étoit une *solemnité essentielle au sacrement de mariage*, ont donc suffisamment déclaré que les mariages où elle n'avoit pas été observée, n'étoient pas de vrais mariages, et devoient être regardés comme nuls; et l'édit, en ordonnant l'observation des canons à cet égard, prononce évidemment la nullité de ces mariages.

Cela résulte encore de ces autres termes de l'édit : Voulons que les ordonnances,..... et notamment celles qui regardent LA NÉCESSITÉ *de la présence du propre curé*, soient exactement *observées*. Il paroît par ces termes, que la présence du propre curé est regardée comme étant de *nécessité* pour la célébration des mariages : donc ceux où elle n'est pas intervenue, ne sont pas valablement célébrés.

Enfin nos lois regardent tellement comme nuls les mariages célébrés par un prêtre incompétent, que la déclaration du 15 juin 1697, ordonne que les parties qui auront contracté de tels mariages, soient poursuivies par les procureurs du roi pour les réhabiliter, comme nous le verrons *infrà, part.* 6, *chap.* 1, *art.* 1, §. 7. Ils sont donc nuls;

car s'ils étoient valables, il ne faudroit pas les réhabiliter.

362. Cette nullité des mariages célébrés par un prêtre incompétent, n'est pas de la classe de celles qu'on appelle relatives, qui n'ont lieu que lorsque la partie s'en plaint; telles que sont celles qui résultent du défaut de liberté dans le consentement de l'une des parties contractantes, de l'impuissance, du défaut de consentement des père et mère, ou tuteurs, etc.; elle est de la classe de celles qu'on appelle nullités absolues, et elle ne peut se purger, ni se couvrir que par une réhabilitation du mariage des parties, c'est-à-dire, une nouvelle célébration faite par le curé ou avec sa permission, ou celle de l'évêque.

Il n'importe que les personnes qui se sont mariées hors de la présence et sans le consentement de leur propre curé, soient majeures ou mineures, enfants de famille, ou usantes de leurs droits; nos lois ci-dessus rapportées, qui déclarent nuls ces mariages, n'ayant fait à cet égard aucune distinction.

On trouve néanmoins dans les recueils d'arrêts, quelques arrêts qui ont déclaré des parties non-recevables dans l'appel comme d'abus par elles interjeté, de la célébration de leur mariage, sur le prétexte qu'il avoit été célébré par un prêtre incompétent, hors de la présence et sans le consentement du curé, lorsque l'appel n'avoit été interjeté qu'après un long temps de cohabitation publique, et sans que personne se fût jamais plaint de mariage.

La réponse est que ces arrêts n'ont pas jugé qu'un mariage, qu'on supposeroit célébré par un prêtre incompétent, puisse jamais être valable, et que ce vice puisse être purgé par quelque laps de temps que ce fût; mais qu'ils ont seulement jugé qu'eu égard aux circonstances de la cause, l'appelant étoit indigne d'être écouté, et reçu à entrer dans la discussion qu'il alléguoit, et qu'on devoit présumer que les choses s'étoient passées dans les règles, et que le prêtre qui avoit célébré le mariage, avoit eu la permission du curé. Ce que nous disons est conforme à ce qui a été observé par M. d'Aguesseau, dans un mémoire qui se trouve dans le cinquième volume de ses œuvres, après le cinquante-septième plaidoyer: il est dit à la fin de ce mémoire: « S'il y a quelquefois des cir» constances assez fortes, suivant les règles de la police exté» rieure, pour fermer la bouche à la mauvaise foi, et à l'in-

» constance de ceux qui réclament sur ce fondement (de dé-
» faut de présence et de consentement du propre curé) contre
» un consentement libre et une longue possession, il faut au
» moins, en ce cas, qu'il paroisse que la justice ne se déter-
» mine que par les fins de non-recevoir, et qu'en déclarant
» les parties non-recevables, elle ajoute toujours, que c'est
» sans préjudice à elles de se retirer pardevers l'évêque, pour
» réhabiliter leur mariage, si faire se doit. »

363. Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent sur la nullité du mariage célébré hors de la présence et sans le consentement du curé des parties, a lieu, quand même le mariage auroit été célébré en pays étranger par des François, lorsqu'il paroît que c'est en fraude de la loi qu'ils y sont allés. En vain diroient-ils que la forme des contrats se règle par les lois du lieu où ils se passent; que leur mariage ne s'étant pas fait en France, mais en pays étranger, ils n'ont pas été obligés d'observer les lois prescrites en France pour la forme de leur mariage. La réponse est, que la célébration du mariage en face d'église par le propre curé, n'est pas une pure forme d'acte; c'est une obligation que nos lois imposent aux parties qui veulent contracter mariage, à laquelle les parties qui y sont sujettes, ne peuvent se soustraire, en allant en fraude se marier dans un pays étranger.

Il en seroit autrement d'un mariage qu'un François qui se trouveroit avoir, sans fraude, sa résidence dans un pays étranger, où il n'y a pas d'exercice de la religion catholique, auroit contracté avec une femme catholique, et qui auroit été célébré dans la chapelle d'un ambassadeur catholique par l'aumônier : ce mariage seroit valable, n'y ayant pas, en ce cas, de fraude, et le mariage n'ayant pu être célébré autrement.

### §. III. Des peines des prêtres qui célèbrent des mariages sans le consentement par écrit du curé des parties, ou de l'evêque.

364. Ces peines sont prescrites par l'édit du mois de mars 1697. Il y est dit : « Voulons que si aucuns desdits curés ou prê-
» tres, tant séculiers que réguliers, célèbrent ci-après sciem-
» ment, et avec connoissance de cause, des mariages entre des
» personnes qui ne sont pas effectivement de leurs paroisses,
» sans en avoir la permission par écrit des curés de ceux qui les
» contractent, ou de l'archevêque ou évêque diocésain, il soit

» procédé contre eux extraordinairement; et qu'outre les peines canoniques que les juges d'église pourront prononcer contre eux, lesdits curés et autres prêtres, tant séculiers que réguliers, qui auront des bénéfices, soient (par nos juges) privés pour la première fois, de la jouissance de tous les revenus de leurs cures et bénéfices pendant trois ans, à la réserve de ce qui est absolument nécessaire pour leur subsistance, ce qui ne pourra excéder la somme de six cents livres dans les plus grandes villes; celle de trois cents livres partout ailleurs; et que le surplus soit saisi à la diligence de nos procureurs, et distribué en œuvres pies, par l'ordre de l'évêque diocésain.

» Qu'en cas d'une seconde contravention, ils soient bannis pendant le temps de neuf ans, des lieux que nos juges estimeront à propos.

» Que les prêtres séculiers qui n'auront pas des bénéfices, soient condamnés au bannissement pendant trois ans; et en cas de récidive, pendant neuf ans; et qu'à l'égard des prêtres réguliers (1), ils soient envoyés dans un couvent de leur ordre, que leur supérieur leur assignera hors des provinces marquées par les arrêts de nos cours ou les sentences de nos juges, pour y demeurer renfermés pendant le temps qui leur sera marqué par lesdits jugements, sans y avoir aucune charge, ni fonction, ni voix active et passive. »

365. L'édit ne soumet les curés à ces peines, que lorsqu'ils ont célébré *sciemment et avec connoissance de cause*, le mariage de gens qu'ils savoient n'être pas leurs paroissiens : ils n'y sont pas sujets lorsqu'ils ont été surpris. Mais pour éviter ces surprises, l'édit leur enjoint, lorsqu'ils célèbrent le mariage de personnes qu'ils ne connoissent pas, et qui se disent de leur paroisse, de se faire, avant que de commencer les cérémonies, certifier de leurs demeure, âge et qualité, par quatre témoins domiciliés et signandaires, si ce nombre de signandaires peut facilement se trouver sur le lieu, auxquels témoins le curé doit faire signer l'acte de célébration.

(1) Qui n'ont pas de bénéfices : ceux qui en ont, sont compris dans la précédente disposition, qui prononce la peine de la privation des fruits.

§. IV. Si lorsque les parties sont de différentes paroisses, le curé d'une des parties peut valablement célébrer le mariage sans le concours et le consentement du curé de l'autre partie.

366. Cette question est admirablement traitée dans un mémoire qui se trouve dans le cinquième tome des œuvres de M. d'Aguesseau, dont nous avons déjà rapporté quelque chose, *suprà*, *n.* 362.

L'auteur du mémoire propose trois cas auxquels le mariage a été célébré par le curé de l'une des parties.

Le premier cas est celui auxquels les bans ont été publiés dans les différentes paroisses des deux parties. Il n'y a pas lieu, dit-il, en ce cas, à la question. Le curé de l'autre partie est censé avoir suffisamment concouru et donné son consentement au mariage, par la publication qu'il a faite des bans, et par le certificat qu'il a donné de cette publication.

Observez, en passant, que le curé qui célèbre le mariage a un très-grand intérêt de se faire remettre ce certificat de l'autre curé, par lequel il atteste avoir publié les bans, sans qu'il y ait eu d'opposition; car s'il y avoit des oppositions, le curé qui a célébré, seroit, faute de ce certificat, exposé aux dommages et intérêts qui seroient prétendus par ceux qui les ont formées.

Le second cas est celui auquel l'évêque des deux parties leur a donné dispense des trois bans. L'auteur du mémoire convient qu'on peut encore soutenir en ce cas, que le mariage célébré par le curé de l'une des parties est valable : l'évêque est censé en avoir approuvé la célébration par la dispense des trois bans qu'il a accordée : étant le premier pasteur des deux parties, elles sont censées l'une et l'autre s'être mariées du consentement de leur pasteur.

Le troisième cas est celui auquel les bans n'ont été publiés que dans la paroisse de l'une des parties, dont le curé a célébré le mariage. C'est dans ce cas que l'auteur du mémoire soutient que le mariage célébré par le curé de l'une des parties, est nul par le défaut du concours et du consentement du curé de l'autre partie à ce mariage.

Pour prouver cette thèse, il commence par présupposer que la concile de Trente, et nos rois par leurs ordonnances, «ont eu pour objet d'empêcher la clandestinité des maria» ges. Ils ont cru qu'il n'y avoit pas de moyen plus sûr pour y

» parvenir, que d'établir la nécessité de la présence (ou du » consentement) du propre curé. »

Ils ont établi cette présence ou ce consentement, comme une forme et une solemnité essentielle, dont l'inobservation rendroit le mariage nul et clandestin.

La clandestinité qui rend nul le mariage fait hors de la présence et sans le consentement du curé des parties, consiste en deux choses; 1° dans le défaut d'une forme et solemnité requise, à peine de nullité; 2° dans le préjudice que l'inobservation de cette forme pourroit souvent faire à des tiers, en leur dérobant la connoissance d'un mariage qu'ils peuvent avoir intérêt de savoir et d'empêcher.

Tout ceci présupposé, l'auteur du mémoire entre dans la question, si ces deux caractères de clandestinité ne se rencontrent pas lorsque le mariage a été célébré par le curé de l'une des parties, sans le concours et le consentement du curé de l'autre partie; et il soutient que l'une et l'autre s'y rencontrent.

1° Le défaut de forme s'y rencontre. La forme qui requiert la présence ou le consentement du curé *des parties*, n'est pas entièrement et suffisamment remplie, quoique le mariage ait été célébré par le curé de l'une des parties, lorsqu'il l'a été sans le concours et consentement du curé de l'autre partie. Il ne faut, pour s'en convaincre, qu'entrer dans l'esprit du concile qui a prescrit cette forme et solemnité, que les ordonnances de nos rois ont adoptées.

L'esprit du concile, en prescrivant cette forme, a été de rappeler les Chrétiens, sur ce point, à l'ancienne discipline de l'église, suivant laquelle les fidèles ne devoient pas se marier sans avoir auparavant instruit l'église de l'engagement qu'ils entendoient contracter, pour en avoir son avis et son approbation, comme nous l'apprenons de ce passage de Tertullien : *Nuptiæ non priùs apud ecclesiam professæ, juxtà mœchiam judicari periclitantur.* C'est en se conformant à l'esprit de cette ancienne discipline, que le concile impose aux fidèles, lorsqu'ils veulent se marier, l'obligation d'instruire de leur mariage l'église particulière dont ils sont membres, au moins en la personne du curé de cette église, qui en est le chef et qui la représente; et c'est pour cet effet qu'il ordonne que leur mariage sera célébré par le curé, ou de son consentement.

Cette obligation est imposée à l'une et à l'autre des parties; l'une et l'autre des parties doit donc la remplir, pour qu'on puisse dire que la forme prescrite par le concile a été observée. C'est pourquoi, lorsque les parties sont de différentes paroisses, quoique le mariage ait été célébré par le curé de l'une des parties, la forme prescrite par le concile n'est pas remplie, si l'autre partie n'a pas fait concourir son curé à son mariage, en lui faisant publier les bans.

Ce mariage, qui, quoique contracté par le curé de l'une des parties, l'a été à l'insçu du curé de l'autre partie, a donc le premier caractère de clandestinité, qui consiste dans l'inobservation de la forme et solemnité prescrites pour la cébration des mariages.

Il est encore plus évident que ce mariage renferme le second caractère de clandestinité, qui consiste dans le préjudice que le défaut de forme fait à des tiers, auxquels il dérobe la connoissance d'un mariage dont ils avoient intérêt d'être avertis pour l'empêcher : car quoiqu'il ait été célébré par le curé de l'une des parties, ce n'est pas ordinairement par ce curé, mais par l'autre curé, à l'insçu duquel on a affecté de faire le mariage, que ceux qui avoient intérêt d'en être avertis pouvoient l'être, et auxquels, par ce moyen, on en a dérobé la connoissance.

Supposons qu'un jeune homme, voulant faire un mariage peu convenable ou même honteux, avec une fille, ait été marié par le curé de la fille, à l'insçu du curé de sa paroisse, où il n'a pas fait publier de bans : quoique ce mariage ait été célébré par le curé de l'une des parties, le jeune homme n'en a pas moins dérobé la connoissance à ses parents, en le faisant à l'insçu de son curé, et en ne faisant pas publier de bans dans sa paroisse, ses parents ne pouvant veiller que sur ce qui se passe dans la paroisse du jeune homme, et non sur ce qui se passe dans la paroisse de la fille, qu'ils ne connaissent pas.

M. d'Aguesseau combat ensuite la distinction qu'on voudroit faire à cet égard, entre le mariage des mineurs et celui des majeurs. On convient assez que lorsque les parties sont mineures, ou l'une d'elles, le mariage, quoique célébré par le curé de l'une des parties, est nul lorsqu'il a été fait à l'insçu et sans le concours du curé de la partie mineure; mais lorsque les parties sont l'une et l'autre majeures, on doit, dit-on, décider autrement.

Voici comme les partisants de cette distinction tâchent de l'établir. Lorsque le mariage a été célébré par le curé de l'une des parties, le concours et consentement du curé de l'autre partie, consiste dans la publication des bans qu'a faite l'autre curé, et dans le certificat qu'il a donné de cette publication. Or le défaut de publication de bans, suivant la jurisprudence des arrêts, ne fait pas une nullité à l'égard du mariage des majeurs : donc lorsqu'un mariage de majeurs a été célébré par le curé de l'une des parties, le défaut de concours du curé de l'autre partie ne doit pas faire une nullité.

M. d'Aguesseau répond à ce raisonnement, qu'on y confond mal-à-propos la formalité de faire précéder le mariage par une proclamation de bans, et celle de l'obligation qui est imposée à chacune des parties contractantes, de faire intervenir à leur mariage le consentement de leur curé. Ce sont deux formalités différentes ; et si l'on peut quelquefois passer par-dessus l'inobservation de la première, il ne s'ensuit pas qu'on puisse pareillement passer par-dessus l'inobservation de l'autre. On convient que lorsque l'une et l'autre partie ont satisfait à la formalité de faire intervenir à leur mariage le consentement de leur curé, en le faisant célébrer par leur curé commun, on passe par-dessus l'omission de la formalité de la publication des bans qui devoit précéder, le mariage ayant été contracté entre majeurs, et ayant été public : mais il y a une grande différence entre cette formalité, qui n'est qu'un préalable au mariage, et la forme à laquelle chacune des parties est assujettie de faire intervenir le consentement de son curé ou de l'évêque, laquelle forme est une forme du mariage même, sans laquelle il ne peut être valable. C'est pourquoi, lorsque les parties sont de différentes paroisses, le mariage, quoique célébré par le curé de l'une des parties, est nul, si le curé de l'autre partie n'y a pas concouru, soit en publiant des bans, soit de quelque autre manière que ce soit, quand même les parties seroient majeures; le concile et les ordonnances de nos rois, qui ont adopté sa disposition, n'ayant fait à cet égard aucune distinction entre les majeurs et les mineurs.

M. d'Aguesseau combat ensuite un autre raisonnement des partisants de la distinction entre le mariage des mineurs et celui des majeurs, par rapport à cette formalité. Ce raisonnement consiste à dire, que les tiers ne souffrent aucun pré-

judice de ce que le mariage ayant été célébré à l'insçu du curé de l'une des parties, la connoissance leur en a été dérobée : car, dit-on, ils n'avoient aucun intérêt d'en être instruits, puisque, quand même ils l'eussent été, ils n'auroient pu l'empêcher, les majeurs n'ayant pas besoin pour se marier, du consentement de leurs parents.

A cela M. d'Aguesseau répond que, quoiqu'il ne soit pas au pouvoir des parents des majeurs de former un obstacle insurmontable au mariage qu'ils se proposent de faire, ils ont néanmoins un très-grand intérêt d'en être avertis, parce qu'en étant instruits, ils peuvent souvent, par le retard qu'ils apportent au mariage, et par leurs remontrances, faire ouvrir les yeux à la partie qui se proposoit de faire un mariage peu convenable, et la déterminer à ne le pas faire.

D'ailleurs, l'intérêt qu'ont les familles d'être averties du mariage de leurs parents, n'est qu'une raison accessoire à l'obligation imposée aux parties de ne se pas marier à l'insçu de leur curé. La forme prescrite par le concile et par les ordonnances, de célébrer le mariage en la présence ou du consentement du curé, laquelle est prescrite aux deux parties, a un autre fondement principal, que nous avons rapporté ci-dessus. C'est pourquoi, quand même l'intérêt qu'ont les familles d'être averties du mariage, ne se rencontreroit pas, l'inobservation de cette forme ne laisse pas de devoir faire déclarer nul un mariage auquel, quoiqu'il ait été célébré par le curé de l'une des parties, le curé de l'autre partie n'a pas concouru, sans qu'on doive à cet égard faire aucune distinction entre le mariage des majeurs et celui des mineurs; le concile et les ordonnances de nos rois qui ont prescrit cette forme, n'ayant fait aucune distinction.

Il faut lire le mémoire fait sur cette question, dans le cinquième tome des œuvres de M. d'Aguesseau. L'analyse que nous venons d'en faire n'a pu qu'affoiblir la force et l'énergie des moyens qu'il contient.

### ARTICLE III.

#### Si la célébration du mariage peut se faire par procureur.

367. Pour que la célébration du mariage en face d'église soit valable, il n'est pas nécessaire que les parties contractantes fassent par elles-mêmes cette célébration : elles peu-

vent la faire valablement par procureur, pourvu que les trois conditions requises par la décrétale de Boniface VIII, rapportée *cap. fin. de procurat. in* 6°, concourent.

Il faut, 1° que le procureur ait une procuration spéciale pour épouser une telle personne. Un procureur à qui j'aurois donné pouvoir d'épouser en mon nom telle personne qu'il jugeroit à propos, ne pourroit valablement en épouser pour moi aucune.

Il faut, 2° que le procureur à qui j'ai donné pouvoir d'épouser une personne en mon nom, le fasse par lui-même : il ne peut pas substituer une autre personne pour le faire en sa place, à moins que, par une clause expresse de ma procuration, je ne lui eusse donné le pouvoir de substituer un autre.

Il faut, 3° que la procuration n'ait point été révoquée avant la célébration. Si elle avoit été révoquée avant la célébration, le mariage ne seroit pas valablement contracté, quand même, lors de la célébration, mon procureur, et la personne qu'il a épousée en mon nom, auroient ignoré et n'auroient pu savoir cette révocation.

En cela le mariage est différent des autres contrats, auxquels on donne effet contre le mandant, lorsque son procureur et celui avec qui son procureur a contracté, ont contracté de bonne foi, dans l'ignorance de la révocation du mandat; l. 15, ff. *mand.* La raison de différence est, que le consentement des parties est tellement de l'essence du mariage au temps auquel il se contracte, que lorsqu'il a cessé par la révocation de la procuration, quoiqu'ignorée, il ne peut pas se suppléer, pour quelque cause que ce soit.

Lorsque ces trois conditions concourent, le mariage célébré par procureur est valablement contracté; et quoique les parties réitèrent depuis par elles-mêmes la cérémonie de la célébration de leur mariage, ce n'est point la réitération de cette cérémonie, c'est la célébration qui a été faite par procureur, qui donne au mariage sa perfection. Henri IV, après avoir épousé par procureur Marie de Médicis, consomma à Lyon son mariage, avant la réitération de la cérémonie.

# CHAPITRE II.

## Des choses requises par la célébration des mariages, dont l'inobservation n'emporte pas la nullité du mariage.

368. 1° Lorsqu'il y a une ou plusieurs oppositions faites à des bans de mariage, le curé doit surseoir à la célébration du mariage, jusqu'à ce qu'on lui ait rapporté la main-levée des oppositions.

Néanmoins lorsqu'il a passé outre, l'inobservation de cette règle n'empêche pas le mariage d'être valable.

Il est valable, quand même l'opposition à laquelle le curé n'a pas eu d'égard, seroit bien fondée; *putà*, si elle avoit été faite par une personne à qui l'une des parties avoit été fiancée : car l'empêchement qui résulte des fiançailles avant leur dissolution, n'est, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 88, qu'un empêchement purement prohibitif, et non dirimant, qui par conséquent n'empêche pas la validité du mariage que la partie a contracté au préjudice de cet empêchement, et de l'opposition fondée sur cet empêchement.

Le mariage célébré au préjudice des oppositions, dont il n'y a pas eu de main-levée, quelles que soient ces oppositions, est valable à la vérité; mais le curé qui a contrevenu à la règle en célébrant ce mariage, peut être, à la requête du promoteur, poursuivi devant l'official pour la peine canonique, qui est dans ce cas une suspense *à divinis* pour trois ans; *Can. Quum inhibitio, vers. Sanè, Extrà de cland. despons.*

Il peut aussi être poursuivi devant le juge séculier, par les parties qui ont fait l'opposition, et ce juge peut le punir par une condamnation d'amende et de dommages et intérêts.

Lorsque c'est le vicaire ou le prêtre commis pour la célébration des mariages, qui a célébré le mariage avant la main-levée des oppositions, ce n'est pas en ce cas le curé, mais le prêtre qui a célébré le mariage, sans se faire rapporter la main-levée des oppositions, qui est sujet à ces peines.

Si ce n'étoit pas entre les mains du curé qui a célébré le

mariage, mais entre les mains de l'autre curé qui a donné un faux certificat qu'il n'y avoit pas d'oposition, ce ne seroit pas le curé qui a célébré le mariage, mais celui qui a donné le faux certificat, qui seroit sujet à ces peines.

369. Quoiqu'il n'y ait aucune opposition, les rituels de plusieurs diocèses portent que le mariage ne peut être célébré le jour du premier ban; ce qui a été ainsi ordonné, tant afin que ceux qui ont connoissance de quelque empêchement, aient le temps d'en avertir le curé, que pour que ceux qui ont quelque opposition à former, aient le temps de la faire.

Les curés, dans ces diocèses, doivent se conformer à cette discipline; et s'ils y contreviennent, ils peuvent être poursuivis à la requête du promoteur; mais l'inobservation ne fait aucun obstacle à la validité du mariage.

370. 2° Une autre chose qui doit être observée par les curés, à l'égard de la célébration des mariages, et dont l'inobservation ne rend pas le mariage nul, est qu'ils ne doivent pas les célébrer dans les temps défendus, sans y être autorisés par une dispense de l'évêque.

C'est une discipline très-ancienne dans l'église, de ne pas permettre la célébration des mariages dans certains temps de l'année consacrés à la pénitence, sur-tout dans le saint temps de carême.

Cette discipline, dont on ne voit pas le commencement, et qui remonte vraisemblablement aux temps apostoliques, se trouve établie par les canons de quelques-uns des plus anciens conciles.

Celui de Laodicée, tenu dans le quatrième siècle, l'an 368, l'un des plus anciens dont nous ayons les canons, dit : *Non oportet in Quadragesimâ aut nuptias vel quælibet natalitia celebrare*; *can.* 52.

On trouve dans Gratien, *caus.* 33, *quæst.* 4, can, 10; dans Yves de Chartres, *lib.* 6, *cap.* 2, et dans Burchard, un canon qu'ils attribuent à un concile de Lérida, qui est conçu en ces termes : *Non oportet in Quadragesimâ usqae ad octavam paschæ, et tribus hebdomadibus ante festivitatem S. Joannis-Baptistæ, et ab Adventu Domini usque ad Epiphaniam, nuptias celebrare : quod si factum fuerit, separentur.*

Qoique ce canon ne se trouve pas parmi les canons du concile de Lérida, tenu l'an 524, et qu'il soit incertain quel

est le concile d'où il est tiré, il prouve toujours que c'étoit la discipline observée dans l'église au temps de ces auteurs, et que ces auteurs la regardoient comme très-ancienne.

Les temps auxquels, outre le carême, il étoit défendu de célébrer les mariages, étoient différens, selon les usages des différentes églises. Il étoit d'usage, dans certaines églises, de se préparer à la fête de saint Jean-Baptiste, par un temps de jeûne, pendant lequel la célébration des mariages étoit défendue comme pendant le grand carême.

En Angleterre, les mariages étoient défendus dans les grandes solemnités, aux jours des jeûnes et des quatre-temps; depuis l'avent jusqu'à l'octave de Noël, et depuis la septuagésime jusqu'à la quizaine d'après pâques. C'est ce que nous trouvons dans le concile *Ænhalmense*, tenu vers l'an 1009, *can.* 18.

Le concile de Trente a établi à cet égard une discipline générale et uniforme.

Suivant cette discipline, à laquelle celle de l'église de France est sur ce point conforme, la célébration des mariages est défendue pendant l'avent jusqu'à l'épiphanie, et depuis le mercredi des cendres jusqu'après l'octave de pâques; et elle est permise dans tous les autres temps; *sess.* 24, *de reform. matrim. cap.* 10.

Le canon 5 du concile de Rheims, tenu en 1564, est entièrement conforme à cette discipline.

Depuis, les conciles de Rouen, tenus en 1681; ceux de Rheims, de Bordeaux, de Tours, tenus en 1583, ont confirmé cette discipline. Il s'étoit répandu dans quelques provinces une opinion populaire, que le jour de la fête de S. Joseph devoit être excepté de la défense de célébrer les mariages en carême : un concile de Bordeaux, tenu en 1624, au titre *de matrimonio*, *art.* 5, déclare qu'il n'en est pas excepté.

371. Cette défense de célébrer les mariages pendant ces temps consacrés à la pénitence et à la prière, est très-conforme à l'esprit de l'église. C'est par ce même esprit que l'église ne permettoit pas autrefois aux personnes soumises à la pénitence publique, l'usage du mariage pendant le temps de leur pénitence. C'est par le même esprit, qu'elle a toujours exhorté, et qu'elle exhorte encore aujourd'hui les personnes mariées, à s'abstenir, par un consentement mutuel, pendant ces saints temps, de l'usage du mariage, et qu'elle a pour

cet effet choisi pour l'épître de la messe du mercredi des cendres, une leçon du prophète Joël, où il dit : *Egredietur sponsus de cubili suo, et sponsa de thalamo suo.*

Le concile de Rouen regardoit cette défense comme si importante, qu'il va jusqu'à dire que les évêques n'ont pas le pouvoir d'en accorder dispense : *Contrà quos dies non est potestas episcopis dispensandi; tit. de matrim. art.* 9.

Un curé pécheroit donc très-grièvement, et il devroit être puni très-sévèrement par le supérieur ecclésiastique, si, contre la défense de l'église, il célébroit un mariage dans les temps défendus, sans une dispense de l'évêque ou de ses vicaires-généraux : mais le mariage, quoique célébré dans les temps défendus, ne laisseroit pas d'être valable, cette défense étant une des choses dont l'inobservation ne rend pas nul le mariage.

Il seroit à souhaiter que ces saintes règles de l'église fussent plus respectées qu'elles ne le sont, et que la dispense ne s'en accordât pas avec la scandaleuse facilité avec laquelle elle s'accorde dans plusieurs diocèses. Mais quelque sensible que soit à un bon curé la plaie faite à la discipline de l'église par ces dispenses, lorsque les parties lui apportent la dispense du supérieur ecclésiastique, il doit célébrer le mariage dans les temps défendus, car il ne doit pas se rendre juge du jugement qu'a porté son supérieur en accordant la dispense. D'ailleurs son supérieur peut avoir eu de bonnes raisons pour l'accorder, dont il n'est pas obligé de rendre compte, et le curé doit lui obéir dans ce qui n'est pas contraire à la loi de Dieu.

372. 3° Une troisième chose que les curés sont obligés d'observer pour la célébration des mariages, et dont l'inobservation ne rend pas le mariage nul, c'est de ne pas célébrer le mariage, sans une dispense de l'évêque ou de son vicaire-général, aux heures auxquelles la loi du diocèse le défend.

Le concile de Sens défend de célébrer les mariages, *nisi post ortum solem, et illuscecentem diem;* can. 39.

373. 4° Enfin le curé doit, dans la célébration du mariage, observer toutes les cérémonies et réciter toutes les prières qui sont prescrites par le rituel du diocèse. Mais l'omission de ces cérémonies ou prières ne rend pas le mariage nul : le curé qui les a omises est seulement sujet en ce cas à être puni par le supérieur ecclésiastique.

# CHAPITRE III.

De l'acte qui doit être dressé pour établir la preuve du mariage.

374. Suivant l'ordonnance de 1667, *tit.* 20, *art.* 8, et la déclaration du roi du 9 avril 1736, les curés doivent avoir, chacun dans leur paroisse, un double registre pour y inscrire les actes de baptêmes, sépultures et mariages. Ils doivent faire coter et parapher l'un et l'autre exemplaires, par première et dernière page, par le juge royal du lieu. L'un des exemplaires lui doit rester, et l'autre être envoyé, après l'année révolue, au greffe de la justice royale, où il doit rester en dépôt.

Après la mort du curé, le juge doit apposer les scellés sur ces registres, qui doivent être remis à son successeur, qui doit s'en charger.

375. Le curé ou autre prêtre qui célèbre un mariage, doit, après qu'il l'a célébré, inscrire sur-le-champ l'acte de célébration sur ce double registre. Cet acte doit contenir les noms, surnoms, âges, demeures et qualités des parties contractantes, et il doit faire mention s'ils sont enfants de famille, ou sous puissance de tuteurs, ou en leurs droits.

Il doit aussi faire mention des témoins en présence desquels il a été célébré, qui doivent être au moins quatre, qui sachent signer, qui aient les qualités requises pour être témoins dans les actes publics, c'est-à-dire, qui soient mâles, âgés de vingt ans au moins, domiciliés, jouissant de l'état civil, et non notés d'infamie. Il doit aussi déclarer s'ils sont parents des parties contractantes, et à quel degré.

Enfin il doit faire signer l'acte par les parties contractantes, ou faire mention qu'elles ne savent pas signer. Il doit aussi le faire signer par les témoins, et le signer lui-même.

376. Cet acte est un acte public. Le curé ou le prêtre qui tient sa place, fait en cela une fonction publique que nos lois lui attribuent; et comme elle appartient à l'ordre civil, il en est comptable au juge séculier.

Quoique les religieux aient perdu l'état civil, et soient en conséquence incapables de toutes fonctions civiles, et à plus forte raison des fonctions publiques, néanmoins un religieux

curé est dans sa paroisse compétent pour faire ces actes ; car sa qualité de curé lui rend l'état civil, seulement quand aux droits et fonctions qui dépendent de cette qualité.

Il en est de même d'un religieux commis par l'évêque pour le desservissement d'une cure.

377. S'il s'étoit glissé quelque erreur dans l'acte de célébration de mariage, le curé ne pourroit pas de son autorité la réformer : lorsque l'acte est une fois achevé, il ne peut y toucher, ni rien changer. On doit, pour la réformation, se pouvoir devant le juge royal du lieu, qui, après avoir ouï sommairement les témoins nécessaires pour la justification de l'erreur qui s'est glissée dans l'acte, dont il fait rédiger un procès-verbal, rend son ordonnance pour la réformation. Le curé à qui cette ordonnance est rapportée par la partie qui l'a obtenue, doit la transcrire, au moins par extrait, en marge de l'acte.

378. Ce sont ces actes qui font la preuve des mariages, et qui établissent les parentés qui en naissent. Néanmoins s'il étoit constaté que les registres ont été perdus, ou que le curé n'en a pas tenu, la preuve en ce cas pourroit s'en faire tant par témoins que par les registres et papiers domestiques des père et mère décédés; *ordonnance de 1667, tit. 20, art. 14.*

La raison est, que le mariage étant parfait par le consentement que les parties se donnent en présence de leur curé avant que l'acte ait été rédigé, il s'ensuit qu'il n'est pas de l'essence du mariage, et qu'il n'est requis que pour la preuve du mariage. Lorsque la preuve que fait cet acte devient impossible, il est juste d'avoir recours à des preuves d'une autre nature.

# CINQUIÈME PARTIE.

Des obligations qui naissent du mariage, et des effets civils qu'il produit.

## CHAPITRE PREMIER.

Des obligations qui naissent du mariage.

### ARTICLE PREMIER.

Des obligations que les personnes qui se marient contractent l'une envers l'autre par le mariage.

379. Les personnés qui se marient, contractent par le mariage, réciproquement l'une envers l'autre, l'obligation de vivre ensemble dans une union perpétuelle et inviolable, pendant tout le temps que durera le mariage, qui ne doit finir que par la mort de l'une des parties ; et en conséquence, de se regarder réciproquement comme n'étant en quelque façon qu'une même personne : *Erunt duo in carne unâ.*

§. I. Obligations du mari.

380. Le mari est obligé en conséquence, de recevoir chez lui sa femme, de l'y traiter maritalement; c'est-à-dire, de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. Il est obligé d'aimer sa femme, de supporter ses défauts, de faire de son mieux pour les corriger par les voies de douceur; d'avoir pour elle une complaisance raisonnable, sans néanmoins favoriser ses mauvaises inclinations. Lorsque ni lui ni sa femme n'ont pas de biens pour se procurer les choses nécessaires à la vie, il est obligé de travailler aux ouvrages auxquels il est propre, pour lui gagner sa vie autant que pour gagner la sienne. Enfin il est

obligé envers sa femme au devoir conjugal, lorsqu'elle le lui demande, et à n'avoir commerce charnel avec aucune autre femme, contre la foi qu'il lui a donnée.

381. De l'obligation que contracte le mari envers sa femme, de la recevoir chez lui et de l'y traiter maritalement, naît une action civile que la femme, lorsque son mari l'a chassée de chez lui, et refuse de l'y recevoir, peut intenter en justice contre lui pour l'y faire condamner. Si le mari refusoit d'obéir à la sentence qui l'y auroit condamné, la femme seroit fondée à demander que le juge décernât contre le mari un exécutoire d'une somme d'argent, telle que le juge estimeroit convenable, au paiement de laquelle il seroit contraint, faute d'obéir à la sentence.

Ce refus pourroit aussi servir de fondement à une demande en séparation d'habitation, si la femme jugeoit à propos de l'intenter.

Les autres obligations du mari envers sa femme, que nous avons rapportées, concernent plutôt le for de la conscience que le for extérieur.

### §. II. Obligations de la femme.

382. La femme, de son côté, contracte envers son mari l'obligation de le suivre partout où il jugera à propos d'établir sa résidence ou sa demeure, pourvu néanmoins que ce ne soit pas hors du royaume. Elle doit l'aimer, lui être soumise, lui obéir dans toutes les choses qui ne sont pas contraires à la loi de Dieu, et supporter ses défauts ; travailler de tout son pouvoir au bien commun du ménage. Enfin elle est obligée envers son mari au devoir conjugal, lorsqu'il le demande; à n'avoir de commerce charnel avec un autre homme, contre la foi qu'elle a donnée à son mari, et à n'accorder aucunes faveurs de cette espèce.

383. De l'obligation que la femme contracte par le mariage de suivre son mari, naît une action que le mari a droit de former en justice contre sa femme lorsqu'elle l'a quitté, pour la faire condamner à retourner avec lui. La femme ne peut rien opposer pour se défendre de cette demande. Par exemple, elle n'est pas écoutée à opposer que l'air du lieu où est son mari est contraire à sa santé; qu'il y règne des maladies contagieuses. Elle ne l'est pas même à alléguer les mauvais

traitements qu'elle prétendroit que son mari auroit exercés sur elle, à moins qu'elle n'eût donné une demande en séparation d'habitation, pour raison desdits mauvais traitements.

Le mari a non-seulement action contre sa femme pour la faire condamner à retourner chez lui; il a aussi action contre les personnes chez qui sa femme s'est retirée, quelles que soient ces personnes, fût-ce le père ou la mère de sa femme, pour les faire condamner à la renvoyer.

## ARTICLE II.

### Des obligations que le mariage produit dans les père et mère envers les enfants qui en naissent, et de celles qu'il produit dans les enfants envers leurs père et mère.

#### §. I. Obligations des père et mère.

384. Les personnes qui se marient, contractent par le mariage une obligation mutuelle d'élever les enfants qui naîtront de leur mariage; de leur fournir les aliments nécessaires, et de leur donner une éducation convenable, jusqu'à ce qu'ils soient en état de pourvoir par eux-mêmes à leur subsistance. S'il se trouvoit des père et mère qui fussent assez dénaturés pour manquer à ce devoir, le ministère public, sur la dénonciation des parents, pourroit les poursuivre, pour, après information des mauvais traitements, et du refus des choses nécessaires, faire ordonner par le juge ce qu'il estimeroit convenable d'ordonner.

Les mauvais traitements peuvent quelquefois être si grands, et le refus des choses nécessaires porté à un tel point, qu'il seroit dangereux de renvoyer les enfants chez les père et mère. Le juge peut en ce cas en confier l'éducation à quelque personne de la famille, et condamner les père et mère à payer la pension.

385. Quoique l'obligation des père et mère cesse lorsque les enfants sont parvenus à l'âge de pourvoir par eux-mêmes à leurs besoins, néanmoins lorsqu'un enfant qui est parvenu à cet âge, se trouve depuis tombé dans l'indigence, et que ses infirmités ne lui permettent pas de pouvoir, par son travail, se procurer ses aliments, l'obligation des père et mère renaît: et sur la demande que cet enfant peut en ce cas former contr'eux, ils doivent être condamnés à lui fournir les

aliments nécessaires, selon leur moyen : *Pius ità rescripsit : Aditi judices ali te à patre tuo jubemus pro modo facultatum ejus, si modò quum opificem te esse dicas, in eâ valetudine es, ut operi sufficere non possis ;* l. 5, §. 7, ff. *de agnosc. et alend. lib.*

Un enfant est reçu à cette demande, quand même ses père et mère lui auroient donné une somme d'argent ou d'autres choses, pour se former un établissement, qu'il auroit dissipé par sa mauvaise conduite ; son état présent d'indigence est suffisant pour fonder sa demande.

Il n'y a qu'une offense considérable que l'enfant auroit commise envers ses père et mère, du nombre de celles pour lesquelles les lois prononcent la peine de l'exhérédation, qui puisse dans le for extérieur rendre l'enfant non-recevable dans cette demande ; *d. l.* 5, §. 11 ; mais, même dans ce cas, selon le for de la conscience, ils ne peuvent pas refuser à leurs enfants les aliments nécessaires; ce seroit se rendre en quelque façon coupable d'homicide devant Dieu : *Necare videtur et is qui alimenta denegat*; l. 4, ff. *d. tit.*

386. Cette obligation de fournir aux enfants les aliments nécessaires, est une charge de la communauté de biens, tant qu'il y en a une qui subsiste entre le père et la mère. Lorsqu'il y a séparation de biens, chacun y doit contribuer pour moitié, s'ils en ont l'un et l'autre le moyen; sinon, celle des deux parties qui a le moyen, en est tenue seule pour le total.

387. L'obligation des père et mère envers leurs enfants s'étend aussi à leurs petits-enfants : mais elle n'est que subsidiaire; c'est-à-dire, qu'elle n'a lieu que dans le cas auquel ces petits-enfants n'auroient ni père ni mère qui fussent en état de subvenir à leurs besoins.

388. Une autre obligation des père et mère envers leurs enfants, est celle de leur laisser une certaine portion des biens de leur succession, qu'on appelle *la légitime*, s'ils ne la leur ont déjà donnée de leur vivant, en avancement de leur succession.

### §. II. Obligations des enfants.

389. Les enfants sont obligés, de leur côté, d'aimer et d'honorer leurs père et mère, de leur obéir, et de les assister dans leurs besoins, selon leur moyen.

L'obéissance que les enfants doivent à leurs père et mère,

est sans bornes, tant que dure la puissance paternelle. Ils doivent pendant ce temps obéir à leurs père et mère dans toutes les choses qu'ils leur commandent, pourvu que ce qu'ils leur commandent ne soit pas contraire à la loi de Dieu. Mais lorsque les enfants sont sortis de la puissance paternelle, qui finit, dans le pays coutumier, par la majorité des enfants, ou par le mariage qu'ils ont contracté de leur consentement, en ce cas, ils peuvent vivre dans l'indépendance de leurs père et mère, pourvu qu'ils ne s'écartent pas du respect qu'ils leur doivent, et qu'ils aient une complaisance raisonnable pour leurs volontés.

Les devoirs des enfants envers leurs père et mère, les obligent à ne point contracter mariage sans leur consentement; et quoique, lorsqu'ils ont atteint l'âge prescrit par les lois, il leur suffise de le requérir, et qu'ils puissent, lorsqu'ils l'ont requis dans les formes, se marier impunément dans le for extérieur, sans l'avoir obtenu; néanmoins, selon les règles du for de la conscience, ils ne doivent pas le faire sans de très-grandes raisons, sur-tout lorsqu'ils sont à portée de faire un mariage convenable avec quelque autre personne qui seroit agréable à leurs père et mère. Les devoirs naturels de déférence dont les enfants sont tenus envers eux, s'étendent jusque là.

390. De l'obligation en laquelle sont les enfants d'assister leurs père et mère dans leurs besoins, lorsqu'ils en ont le moyen, naît une action que les père et mère qui sont dans l'indigence, peuvent former en justice contre leurs enfants, pour les faire condamner à leur fournir les aliments dont ils ont besoin : *Iniquissimum enim quis meritò dixerit, patrem egere quum filius sit in facultatibus;* d. l. 5, §. 13.

La corruption des mœurs, qui est allée toujours en croissant, et qui est aujourd'hui parvenue à son comble, rend, à la honte de l'humanité, très-fréquentes au palais ces demandes, qui autrefois y étoient inouies.

Pour qu'elles procèdent, il faut que deux choses concourent: 1° il faut que les père et mère soient sans bien, et hors d'état de pouvoir, par leur travail ou leur industrie, se procurer les aliments nécessaires; 2° il faut que les enfants soient en état de les leur fournir

De là il suit que lorsqu'un père et une mère qui ont un peu de bien, qu'ils prétendent n'être pas suffisant pour les faire

vivre, demandent à leurs enfants des aliments, il faut, pour qu'ils soient écoutés dans cette demande, qu'ils offrent d'abandonner à leurs enfants ce peu de bien qui leur reste, à l'exception des meubles nécessaires pour leur usage ; à la charge par leurs enfants d'acquitter, jusqu'à concurrence desdits biens abandonnés, les dettes par eux contractées jusqu'à l'abandon qu'ils en font.

Sur cette demande, les enfants, lorsqu'ils sont en état de payer une pension à leurs père et mère, doivent être condamnés à la leur payer par quartiers et par avance : le juge doit arbitrer cette pension, eu égard aux facultés des enfants, à la condition des père et mère, et à l'état de leurs infirmités.

391. Lorsque les enfants ne sont pas assez à leur aise pour pouvoir payer une pension à leurs père et mère, si ces enfants tiennent un ménage, ils doivent être condamnés à recevoir en leur maison leurs père et mère, et les admettre à leur table et à leur feu, et à avoir pour eux les égards et les soins qui leur sont dus.

Lorsqu'il y a plusieurs enfants, si chacun d'eux a le moyen de payer toute la pension, ils doivent être condamnés solidairement à la payer. Cette dette est solidaire, lorsque chacun des enfants a le moyen de payer toute la pension ; car chaque enfant, considéré seul, lorsqu'il en a le moyen, est obligé, par le droit naturel, de fournir à son père tout ce qui lui est nécessaire pour vivre, et non pas seulement une partie de ce qui lui est nécessaire. Le concours des autres enfants qui ont le moyen comme lui, lui donne bien un recours contre eux, mais ne le dispense pas, vis-à-vis de son père, de satisfaire pour le tout à cette obligation. Chaque enfant est donc, lorsqu'il en a le moyen, débiteur du total; *solidum à singulis debetur ;* ce qui fait le caractère de la dette solidaire.

Mais comme les enfants ne sont tenus de cette dette qu'autant et jusqu'à concurrence des moyens qu'ils ont, lorsqu'ils n'ont pas chacun le moyen de payer toute la pension, mais seulement d'y contribuer pour une partie, ils ne doivent être condamnés à la payer chacun que pour une partie.

Les enfants, lorsqu'ils ont tous le moyen, sont condamnés à payer la pension solidairement vis-à-vis de leur père, et entre eux, chacun par portions égales : mais lorsque quelqu'un des enfants n'a pas le moyen de contribuer à la pension par une portion égale à celle des autres, mais seulement à

une somme au-dessous de cette portion, il ne doit être condamné à contribuer à la pension que pour la somme à laquelle se bornent ses moyens; les autres enfants, qui sont à leur aise, doivent être chargés du surplus. Par exemple, si le juge a fixé à six cents livres la pension d'un père qui a trois enfants, dont deux sont à leur aise, et en état chacun de payer toute la pension, et un est mal-aisé, qui ne peut, en se gênant, contribuer à la pension que pour une somme de cent livres, le juge, en ce cas, doit condamner solidairement les deux enfants riches à payer la somme de six cents livres, et l'enfant mal-aisé à y contribuer pour une somme de cent livres.

Lorsque parmi les enfants il y en a qui ne sont pas en état de contribuer en rien à la pension, ceux qui sont en état de la payer, en doivent être seuls chargés.

Lorsque les enfants n'ont pas le moyen de payer une pension, et sont seulement en état de recevoir leurs père ou mère dans leurs maisons et à leur table; si c'est le père seul, ou la mère seule qui demande des aliments, les enfants doivent être condamnés à recevoir chez eux, chacun à leur tour, leur père ou leur mère, pendant une certaine partie de l'année, à commencer par l'aîné des enfants : par exemple, s'ils sont quatre enfants, on les condamne à les recevoir, tour-à-tour, chacun pendant trois mois de l'année.

Lorsque le père et la mère demandent l'un et l'autre des aliments; comme la charge des deux en même temps pourroit être trop considérable, on peut la partager entre les enfants, en chargeant les uns du père, et les autres de la mère.

Lorsque parmi les enfants il y en a qui ne tiennent pas de ménage, qui sont, par exemple, des domestiques, ou des personnes qui vont en journées; si le juge trouve qu'ils sont en état de contribuer en quelque chose aux aliments de leurs père et mère, il doit les condamner à payer une modique somme, telle qu'il arbitrera pour leur quote-part des aliments de leurs père et mère, à ceux des enfants qui se sont chargés de les fournir, et d'avoir leurs père et mère chez eux.

Un enfant qui n'a pas été doté, et qui n'a rien reçu de ses père et mère, peut-il, sur ce prétexte, se dispenser de contribuer aux aliments de ses père et mère, lorsqu'il en a le moyen, et rejeter cette charge sur ceux qui ont été dotés?

Non; car ce n'est pas la dot qu'un enfant a reçue de ses père et mère, qui est la cause d'où naît l'obligation en laquelle il est de fournir des aliments à ses père et mère; sa qualité d'enfant, et l'état d'indigence de ses père et mère, et le moyen qu'il a d'y subvenir, sont les seules causes de cette obligation, lesquelles ne se rencontrent pas moins dans les enfants qui n'ont pas été dotés, que dans ceux qui l'ont été.

392. Les enfants ne sont obligés de fournir à leurs père et mère que les choses nécessaires à la vie; ils ne sont pas obligés de payer leurs dettes : *Parens quamvis ali à filio ratione naturali debeat, tamen æs alienum ejus non esse cogendum exsolvere rescriptum est;* l. 5, § 16, ff. *de agnosc. liberis.*

393. De même que nous avons vu *suprà, n.* 387, que l'obligation en laquelle sont les père et mère de donner les aliments à leurs enfants, s'étend à leurs petits-enfants, mais subsidiairement seulement; de même l'obligation en laquelle sont les enfants de donner des aliments à leurs père et mère, s'étend à leur aïeul, bisaïeul, et autres parents de la ligne directe et ascendante, mais subsidiairement; c'est-à-dire, au cas que les personnes par lesquelles l'enfant en descend, ou ne vivent plus, ou ne soient pas en état d'y subvenir.

### §. III. Des obligations respectives des père et mère, et de leurs enfants bâtards.

394. L'obligation en laquelle sont les père et mère de nourrir leurs enfants, comprend même ceux qui sont nés d'unions illicites et de fornications. Lorsqu'une fille ou une veuve est grosse des faits d'un homme, sur la plainte qu'elle forme contre lui, et sur l'intervention du ministère public, cet homme, s'il en convient, ou s'il en est convaincu, doit être condamné à se charger de l'enfant, à le faire élever dans la religion catholique, et à lui fournir les aliments nécessaires; à en rapporter certificat tous les trois mois au procureur du roi, et à lui faire apprendre un métier, lorsqu'il sera en état d'en apprendre un, pour le mettre en état de gagner sa vie.

Lorsque l'homme dénie avoir eu commerce avec la fille, la preuve que la fille fera par témoins que cet homme a eu quelques familiarités ou privautés avec elle, suffit pour le faire présumer, et le faire en conséquence condamner à se charger de l'enfant.

Lorsque le père n'est pas connu, ou lorsqu'il n'a pas le moyen, c'est la mère qui doit être chargée de l'enfant.

395. *Vice versâ*, un bâtard est obligé, même dans le for extérieur, lorsqu'il en a le moyen, de fournir à ses père et mère qui sont dans l'indigence, et hors d'état de gagner leur vie, les aliments nécessaires, lorsque les père et mère n'ont pas des enfants légitimes qui soient en état de leur en fournir.

---

## CHAPITRE II.

### Des effets civils du mariage.

Nous verrons dans un premier article, quels sont les effets civils du mariage. Nous traiterons dans un second, de la légitimation des enfants nés avant le mariage, qui est un des principaux effets civils du mariage. Dans un troisième, nous parlerons de certains mariages qui, quoique valables, sont privés des effets civils. Dans un quatrième, de la bonne foi qui donne les effets civils à un mariage nul.

### ARTICLE PREMIER.

#### Quels sont les effets civils du mariage.

396. Les effets civils du mariage sont, 1° qu'il confirme toutes les conventions matrimoniales, et donations portées au contrat de mariage; car toutes ces conventions et donations dépendent d'une condition tacite, *si nuptiæ sequantur*, laquelle ne peut recevoir son accomplissement que par un mariage qui ait les effets civils. Lorsque le mariage n'est pas valablement contracté entre les parties qui ont fait le contrat de mariage, ou lorsque, quoique valablement contracté, il n'a pas les effets civils, toutes les conventions et donations portées au contrat de mariage, sont de nul effet, *ex defectu conditionis*. Au reste, l'homme doit rendre à sa femme, ou à ses héritiers, tout ce qu'il a reçu d'elle, parce qu'il se trouve l'avoir reçu sans titre, et n'avoir aucun titre pour le retenir.

Ce n'est pas par *l'action de dot* qu'il est tenu à cette restitution; car il n'y a pas de dot où il n'y a pas un mariage qui ait les effets civils : *Dos sine nuptiis esse non potest;* mais il en est tenu par l'action qu'on appelle en droit *condictio sine causâ*.

397. 2° Dans nos coutumes qui établissent une communauté de biens entre mari et femme, quoiqu'elle n'ait pas été stipulée, cette communauté qui a lieu entre un mari et une femme qui n'ont point de contrat de mariage par lequel ils l'aient stipulée, est un des effets civils du mariage : il en est de même du douaire.

398. 3° L'affinité civile que chacun des conjoints par le mariage contracte avec les parents de l'autre conjoint, est encore un des effets civils du mariage.

Il est vrai que quoiqu'un mariage n'ait pas les effets civils, et même quoiqu'il n'ait pas été valablement contracté, le commerce charnel de l'homme et de la femme produit une affinité entre chacun d'eux et les parents de l'autre; mais cette affinité, purement naturelle, n'a d'autre effet que de former un empêchement dirimant de mariage dans certains degrés, comme nous l'avons vu *suprà*. Il n'y a que les mariages qui ont les effets civils, qui forment un affinité civile qui soit reconnue dans les différents actes de la société civile.

399. 4° La puissance paternelle sur les enfants qui naissent du mariage, est aussi un des effets civils du mariage, aussi bien que les droits de garde, qui en sont comme une suite. Cette puissance, par le droit de nos provinces, très-différent en cela du droit romain, est commune au père et à la mère, sauf que le père l'exerce seul tant qu'il vit. Nous traiterons de cette puissance dans un traité particulier.

Il est vrai que quoiqu'un mariage n'ait pas les effets civils, et même quoiqu'il n'ait pas été valablement contracté, les enfants ne laissent pas d'être tenus aux devoirs naturels envers leurs père et mère; mais il n'y a qu'un mariage qui a les effets civils, qui donne aux père et mère le droit de puissance paternelle dans toute son étendue.

400. 5° Un effet civil du mariage, propre au mari, est le droit de puissance maritale qu'il acquiert sur la personne et les biens de sa femme : il fera aussi la matière d'un traité particulier.

401. 6° Un des effets civils du mariage, qui concerne particulièrement la femme, est que la femme acquiert par le mariage le nom de son mari; ce qui est fondé sur ce qu'elle n'est plus censée faire avec son mari qu'une seule personne, dont il est le chef : *Erunt duo in carne unâ.*

402. 7° Un des effets civils du mariage, fondé sur la même raison que le précédent, est que la femme, par le mariage, suit la condition de son mari : quoiqu'elle fût de condition roturière, elle devient noble par le mariage qu'elle contracte avec un homme noble; elle participe à tous les titres de son mari. Si son mari est duc, marquis, comte, baron, etc., elle devient, en l'épousant, duchesse, marquise, baronne, etc. : elle participe à tous les rangs, honneurs, préséances et prééminences de son mari : elle conserve, même après la dissolution du mariage, la noblesse et les titres de son mari, tant qu'elle demeure en viduité.

*Vice versâ*, lorsqu'une femme noble épouse un homme d'une condition roturière, elle perd sa noblesse pendant que le mariage dure, et elle est censée être de même condition que son mari; mais après la dissolution du mariage, elle reprend sa noblesse, qui avoit été comme éclipsée par l'interposition de la personne de son mari.

Observez néanmoins que si elle avoit fait pendant son mariage quelques actes dérogeans à la noblesse, *putà*, un commerce en détail, il lui faudroit des lettres de réhabilitation pour pouvoir reprendre sa noblesse.

403. 8° Un autre effet civil du mariage, fondé encore sur les mêmes raisons que les précédents, est que la femme, en se mariant, perd son domicile, et acquiert celui de son mari, et cela aussitôt que le mariage a reçu sa perfection par la bénédiction nuptiale, avant qu'elle soit allée dans le lieu du domicile de son mari.

C'est pourquoi, lorsqu'une femme épouse un homme d'une différente province, elle cesse, dès l'instant qu'elle est mariée, d'être sujette aux lois de sa province, et elle devient sujette aux lois de la province de son mari.

404. 9° C'est encore un effet civil du mariage, que la femme acquiert par le mariage, dans le cas auquel elle survivra à son mari, un droit de douaire sur les biens de son mari, tel que les différentes coutumes où les biens sont situés, le lui accordent. Nous devons donner un traité particulier sur ce droit de douaire.

405. 10° Un effet civil du mariage, est qu'il donne aux enfants qui en naissent, aussitôt qu'ils sont nés, la noblesse de leur père, pourvu que ce ne fût pas une noblesse qui ne lui fût que personnelle.

Mais lorsque le père n'est pas noble, quoique la mère le soit, les enfants ne participent pas à la noblesse de leur mère; car les enfants suivent à cet égard la condition de leur père.

406. 11° Le mariage qui a les effets civils, donne aussi aux enfants qui en naissent, les droits de famille de leurs père et mère, tels que sont les armoiries, les droits de sépulture, les droits de chapelle, les droits de patronage, etc.

Observez néanmoins, à l'égard des droits de famille de la mère, que les enfants n'ont ces droits que lorsque la personne qui les a acquis, les a acquis pour toute sa postérité, sans les restreindre à ses descendants par mâles.

407. 12° Le principal droit de famille que le mariage qui a les effets civils donne aux enfants qui en naissent, est le droit de parenté civile, non-seulement avec leurs père et mère, mais avec tous les parents de leur père, et tous ceux de leur mère. Il naît bien une parenté des unions illégitimes; mais cette parenté n'est qu'une parenté naturelle.

Il n'y a que les mariages qui ont les effets civils, qui produisent une parenté civile.

Cette parenté civile donne aux parents entre eux le droit de succession active et passive, le droit de retrait lignager. C'est aussi un droit qui résulte tant de la parenté civile que de l'affinité civile, que lorsqu'une personne a besoin de tuteur ou de curateur, ses parents et affins sont obligés de nommer pour remplir cette charge, un d'entre eux, qui doit l'accepter, s'il n'a pas une excuse légitime.

408. 13° Le droit de légitime qu'ont les enfants dans les successions de leurs père et mère, et le droit de douaire qu'ont les enfants dans les biens de leur père, dans les coutumes qui accordent ce droit aux enfants, sont aussi des effets civils du mariage, ces droits ne pouvant être prétendus que par des enfants nés d'un mariage qui a les effets civils.

14° Enfin, un des principaux effets civils du mariage, est celui qu'il a de légitimer les enfants nés d'un commerce que les parties ont eu ensemble avant leur mariage. Nous en allons traiter avec étendue dans l'article suivant.

### ARTICLE II.

#### De la légitimation que le mariage opère des enfants nés du commerce que les parties ont eu ensemble auparavant.

Nous verrons, 1° d'où cette légitimation tire son origine, et sur quelles raisons elle est fondée; 2° Quels enfants peuvent être ainsi légitimés; 3° Quels mariages peuvent opérer cette légitimation; 4° Comment elle se fait; 5° Quels en sont les effets.

#### §. I. De l'origine de la légitimation qui se fait par le mariage, et des raisons sur lesquelles elle est fondée.

La légitimation des enfants *per subsequens matrimonium*, tire sa première origine d'une constitution de l'empereur Constantin, qui ne nous est pas parvenue, mais dont la teneur nous est rapportée par l'empereur Zénon, en la loi 5, *cod. de nat. lib.*

Cette loi rapporte que l'empereur Constantin avoit fait une constitution, suivant laquelle, lorsqu'un homme avoit des enfants naturels d'une femme de condition ingénue, qu'il avoit à titre de concubine, et qu'il n'avoit aucuns enfants légitimes d'un mariage légitime, qu'il avoit auparavant contracté avec une autre femme, le mariage légitime qu'il contractoit avec la femme qu'il n'avoit eu d'abord qu'à titre de concubine, non-seulement donnoit à cette femme le titre et les droits de femme légitime, *justa uxor;* mais il donnoit pareillement le titre et tous les droits d'enfants légitimes aux enfants qu'il avoit eus de cette femme pendant qu'elle n'étoit encore que concubine, de même que s'ils fussent nés durant le mariage, lesquels en conséquence étoient *sui heredes,* et succédoient à leur père, même avec les autres enfants nés durant le mariage, concurremment et sans aucune distinction.

L'empereur Zénon, par cette loi 5, ordonne l'exécution de la constitution de Constantin, à l'égard seulement des enfants nés; mais il l'abroge à l'égard de ceux qui naîtront par la suite *ex concubinatu;* et il ne permet pas qu'ils puissent être légitimés par le mariage légitime que leur père contracteroit depuis avec leur mère, le père devant s'imputer de

n'avoir pas contracté d'abord avec elle un mariage légitime.

409. Il paroît que depuis on rétablit la légitimation que Zénon avoit abrogée; mais on y apportoit des restrictions. Les uns vouloient que les enfants nés *ex concubinatu*, ne fussent légitimés et admis, *tanquam sui heredes*, à la succession de leur père, que dans le cas auquel il n'y auroit eu aucun enfant né du mariage que leur père avoit depuis contracté avec leur mère. Les autres apportoient une restriction toute opposée, et vouloient qu'il n'y eût lieu à la légitimation que lorsqu'il y avoit des enfants nés de ce mariage, par lesquels les droits de *sui heredes* fussent communiqués à ceux nés auparavant. Justinien, par les lois 10 et 11, *cod. d. tit.* a condamné ces deux restrictions, et rétabli le droit de Constantin sur la matière de cette légitimation.

Il l'a même étendu depuis par ses novelles, en deux points: 1° en ce que, suivant le droit de Constantin, les enfants nés d'une concubine ne pouvoient être légitimés par le mariage légitime que leur père contractoit depuis avec elle, que dans le cas auquel leur père n'avoit alors aucuns enfants légitimes: au contraire, Justinien, par sa novelle 12, *cap.* 4, ordonne que, même dans le cas auquel un homme auroit des enfants d'un mariage légitime avec une autre femme, qui auroit été dissous avant qu'il eût sa concubine, il puisse, en contractant un mariage légitime avec sa concubine, rendre légitimes les enfants qu'il a d'elle.

2°. Au lieu que par le droit de Constantin, il n'y avoit que les enfants nés d'une concubine de condition ingénue, qui pouvoient être légitimés par le mariage légitime que leur père contractoit depuis avec leur mère. Justinien, par sa novelle 18, *cap. fin.*, veut que les enfants nés d'une concubine de condition affranchie, aient le même avantage : il veut même que lorsqu'un homme a eu à titre de concubine son esclave, dont il a eu des enfants, il puisse, après avoir donné la liberté à cette femme et aux enfants qu'il a eus d'elle, et après leur avoir obtenu du prince les droits d'ingénuité, contracter un mariage légitime avec cette femme, et par ce mariage rendre légitimes les enfants qu'il avoit eus d'elle auparavant. Il ne permet néanmoins de légitimer ainsi les enfants nés dans l'esclavage, que lorsqu'il n'y a aucun enfant légitime d'une autre femme.

Par la novelle 78, *cap.* 3 *et* 4, il dispense d'obtenir du prince

les droits d'ingénuité pour les enfants; et il veut que, sans même qu'il soit besoin que leur père leur accorde expressément la liberté, ils deviennent libres et enfants légitimes de plein droit, par le mariage légitime que leur père contracte avec leur mère.

Il paroît même, par les termes généraux dans lesquels est conçue cette novelle, qu'elle n'exige plus pour la légitimation des enfants nés dans l'esclavage, que leur père n'eût pas d'enfant légitime d'une autre femme.

410. Le droit canonique a encore enchéri sur les lois romaines. Ce n'étoit qu'aux enfants nés EX CONCUBINATU, qui étoit une union permise par les lois, et un vrai mariage naturel, *suprà, n. 7*, que les lois romaines accordoient le droit d'acquérir le titre et les droits d'enfants légitimes, par le mariage légitime que contractoient depuis ensemble leur père et leur mère. Ce n'est que de ces enfants nés *ex concubinatu*, qu'ont parlé toutes les lois que nous avons rapportées; et il n'y en a aucune qui ait accordé le même droit aux enfants nés d'une union illicite, telle que la fornication.

C'est pourquoi les lois romaines sur cette matière, ne peuvent guère recevoir d'application dans notre droit françois, qui a rejeté le *concubinatus*, et qui ne permet aucune autre union entre un homme et une femme, que le mariage légitime.

Le droit canonique a été plus indulgent pour la légitimation des enfants nés avant le mariage, par le mariage subséquent de leurs père et mère : il veut que les enfants, quoique nés d'une union illicite, telle qu'est la fornication, soient légitimés par le mariage légitime que contractent depuis ensemble leurs père et mère, pourvu que lors du commerce dont ils sont nés, leurs père et mère aient été capables de contracter mariage ensemble.

La couleur que le droit canonique donne à cette légitimation, est qu'il suppose que lorsque les père et mère de ces enfants ont eu ensemble le commerce charnel dont ils sont nés, ils avoient dès-lors intention de contracter mariage ensemble; que c'est la violence de la passion qu'ils avoient l'un pour l'autre, qui les a fait succomber à la tentation d'en prévenir le temps; que ce commerce est une espèce d'anticipation du mariage qu'ils se proposoient alors de contracter, et qu'ils ont depuis effectivement contracté; que les enfants nés

de ce commerce, doivent en conséquence être regardés comme des fruits anticipés de ce mariage, et comme s'ils en étoient nés. C'est pour ces raisons que le pape Alexandre III, en sa décrétale rapportée au chap. 6, *ext. qui filii sint legit.* dit : la force du mariage est si grande, qu'elle rend légitimes les enfants que les parties contractantes ont eus ensemble avant leur mariage : *Tanta est vis matrimonii, ut qui anteà sunt geniti, post contractum matrimonium, legitimi habeantur.*

Le pape ne borne pas sa décision, comme faisoient les lois romaines, aux enfants nés *ex concubinatu*, qui, sans être une union légitime, étoit une union innocente et permise. Les termes généraux dans lesquels est conçu le principe qu'il établit, renferme tous les enfants nés du commerce que les parties ont eu avant leur mariage, quoiqu'il fût illicite, telle qu'est la fornication.

411. Il paroît qu'il a seulement voulu excepter du principe le cas auquel les parties, lors de l'habitude charnelle qu'elles ont eu ensemble, n'eussent pas été capables de contracter alors mariage ensemble. C'est pourquoi il ajoute, que si un homme marié a eu, pendant son mariage, habitude charnelle avec une fille, il ne peut pas, en épousant cette fille après la dissolution de son mariage, légitimer l'enfant né de cette habitude, parce qu'étant alors marié, il n'étoit pas libre ; les parties n'étoient pas alors capables de contracter mariage ensemble : *Si autem*, dit le pape, *vir, vivente uxore suâ, aliam cognoverit, et ex eâ prolem susceperit, licèt post mortem uxoris eamdem duxerit, nihilominùs spurius erit filius..... quoniam* (1) *matrimonium legitimum inter se contrahere non potuerunt.*

La raison de cette exception, est que la couleur qu'on donne à la légitimation, en supposant que le commerce charnel dont les enfants sont nés, est intervenu en vue du mariage, et qu'il en est une espèce d'anticipation, *suprà, n. præced.* ne peut alors se rencontrer ; car lorsque les parties sont incapables de contracter mariage ensemble, *putà*, par rapport à ce que l'une d'elles est engagée dans un mariage

---

(1) Ces derniers termes importants ont été mal-à-propos omis dans la collection de Grégoire IX, dans la vue d'abréger ; ils se trouvent dans les anciennes compilations.

avec une autre personne, on ne peut plus supposer que le commerce charnel qu'ils ont eu, est intervenu en vue du mariage qu'ils se proposoient de contracter ensemble, puisqu'elles étoient alors incapables de le contracter, et qu'elles ne pouvoient pas même décemment espérer d'en devenir capables par la suite.

412. Les principes du droit canonique sur l'effet qu'il donne au mariage, de légitimer les enfants nés du commerce charnel que les parties ont eu ensemble avant le mariage, sont suivis dans notre droit françois, non par l'autorité des décrétales en elles-mêmes : elles n'en ont aucune en France, sur-tout sur une matière telle que la légitimation des enfants, qui appartient à l'ordre politique, et n'est en aucune manière de la compétence de la puissance ecclésiastique ; mais l'équité et la faveur que ces principes renferment, nous les ont fait embrasser.

Lorsqu'une fille a eu le malheur d'avoir habitude charnelle avec un homme, il est intéressant pour le bon ordre, que l'homme couvre cette faute, et répare l'honneur de la fille, en l'épousant. Mais comme il arrive souvent, ou que l'homme se dégoûte de la fille pour qui il avoit eu d'abord de la passion, ou que sans se marier ils continuent de vivre dans le désordre, il étoit de la sagesse des lois de fournir à l'homme des motifs qui le portassent à épouser la fille avec qui il a eu habitude. C'est ce qu'a fait le droit canonique, en donnant au mariage l'effet de légitimer les enfants nés du commerce charnel que les parties ont eu avant le mariage. On ne pouvoit pas fournir à l'homme qui a eu commerce avec une fille, un motif plus puissant pour le porter à l'épouser. La tendresse que la nature inspire à un père pour ses enfants naturels, le porte à leur procurer le titre et les droits d'enfants légitimes, lorsqu'il a un moyen pour les leur procurer, et par conséquent à contracter avec leur mère un mariage légitime, qui est le seul moyen qu'il ait pour le leur procurer.

La sagesse du droit canonique, qui par la légitimation des enfants *per subsequens matrimonium*, fournit à un homme qui a eu habitude charnelle avec une fille, le motif le plus puissant qu'on pût trouver pour le porter à l'épouser, est donc évidente. Ces raisons ont fait adopter dans notre droit les principes du droit canonique sur cette matière. Quelques-unes de nos coutumes en ont des dispositions. Troyes, *art.*

108, dit : « Les enfants nés hors mariage, DE SOLUTO ET SOLU-» TA, puis, que le père et la mère s'épousent l'un l'autre, » succèdent et viennent à partage avec les autres enfants, si » aucuns il y a. » Sens, *art.* 92, a une semblable disposition. C'est un droit commun reçu dans tout le royaume, que personne ne révoque en doute.

§. II. Quels enfants peuvent être légitimés par le mariage que contractent leurs père et mère ; et en quels cas.

413. Il n'est pas douteux que lorsque les enfants nés avant le mariage, sont vivants lors du mariage que contractent depuis leurs père et mère, ce mariage, en les légitimant, leur fait acquérir les droits de famille dans les familles de leurs père et mère, non-seulement pour eux-mêmes, mais pour tous leurs descendants, quoique nés comme eux avant ce mariage.

Il y a plus de difficulté lorsque l'enfant né avant le mariage, est mort aussi avant le mariage, et a laissé des descendants. Le mariage que contractent par la suite le père et la mère de cet enfant, donne-t-il les droits de famille aux descendants de cet enfant ? Balde et quelques autres anciens interprètes, cités par Fachin, *Controv.* III, 56, ont tenu la négative. La raison sur laquelle ils se fondent, est que l'enfant n'ayant jamais eu les droits de famille, puisqu'il n'étoit plus au monde lors du mariage de ses père et mère, qui seuls pouvoient les lui faire acquérir, il n'a pu les faire passer à ses descendants, qui ne peuvent les avoir que par son canal. Bartole, et les docteurs cités par Fachin, tiennent l'opinion contraire : elle est aussi suivie par Pérez, *ad tit. cod. de natural. lib.* ; et elle paroît la plus plausible. La légitimation a été établie non-seulement en faveur des enfants nés de l'union que les parties ont eue ensemble avant leur mariage, mais en faveur de tous ceux qui en sont descendus, lesquels ne sont pas moins dignes de cette faveur, que ceux qui en sont nés. La loi, par la fiction de la légitimation, purge le vice de l'union que les parties ont eue ensemble avant le mariage; elle la fait regarder comme une espèce d'anticipation du mariage qu'elles ont depuis contracté ; et par conséquent elle fait regarder les enfants qui sont nés et tous ceux qui en sont descendus, comme enfants de ce mariage par anticipation. En vain dit-on que le mariage n'a pu légitimer l'enfant qui

n'étoit plus au monde : rien n'empêche qu'en faveur de ses descendants, cet enfant, même après sa mort, ne puisse, par la fiction de la légitimation, être regardé comme ayant toujours été légitime, le mariage intervenu depuis sa mort, ayant purgé le vice de l'union dont il étoit né. Dans l'espèce de la loi *Si filium*, 5, ff. *de grad. et aff.*, lorsqu'un père, après la mort de son fils, adopte une autre personne, l'enfant mort avant l'adoption, est censé avoir été le frère de l'enfant adopté, quoiqu'il ne fût plus au monde lors de l'adoption qui lui donne cette qualité. Pourquoi ne pourra-t-on pas de même supposer que l'enfant mort avant le mariage, ait eu toute sa vie le titre et les droits d'enfant légitime, quoiqu'il ne fût plus au monde lors du mariage, qui, par la fiction de la légitimation, le fait supposer tel?

414. Pour que les enfants nés avant le mariage soient capables d'être légitimés par le mariage de leur père, les principes du droit canonique, que nous avons adoptés dans notre droit, ne demandent autre chose, sinon que lors de l'habitude charnelle que leurs père et mère ont eue ensemble, ils aient été capables de contracter mariage ensemble.

De ce principe naît la décision d'une question agitée entre les anciens canonistes, si l'enfant né du commerce charnel qu'un simple clerc, quoique pourvu de bénéfice, a eu avec une fille, peut être légitimé par leur mariage intervenu depuis? Il n'est pas douteux, suivant le principe proposé, qu'il peut l'être; car le père et la mère, lors du commerce charnel dont il est né, étoient capables de contracter mariage ensemble. Le bénéfice dont ce clerc étoit revêtu, n'est pas un empêchement de mariage; le clerc perd seulement son bénéfice en se mariant. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 7 septembre 1675, rapporté au Journal du Palais.

Il en est de même du commerce charnel qu'un homme auroit eu avec une religieuse novice. L'enfant né de ce commerce est légitimé par le mariage que son père et sa mère ont contracté depuis; car ils étoient capables de le contracter dans le temps qu'ils ont eu ce commerce ensemble, n'y ayant que la profession solemnelle qui en rende incapable.

Les parties sont censées avoir été capables de contracter mariage ensemble lors du commerce charnel qu'elles ont eu avant leur mariage, lorsqu'elles étoient capables de le contracter, au moins à l'aide d'une dispense facile à obtenir,

quoiqu'elle ne fût pas encore obtenue. C'est pourquoi lorsque des cousins se marient avec dispense, les enfants nés du commerce qu'ils ont eu ensemble auparavant, sont légitimés par leur mariage; la dispense qu'ils ont obtenue, à qui on donne un effet rétroactif, purge le vice d'inceste qu'avoit le commerce qu'ils ont eu avant leur mariage.

415. Mais si lors du commerce charnel qu'un homme a eu avec une femme, ils étoient absolument incapables de contracter alors mariage ensemble, le mariage qu'ils contractent par la suite, ne peut légitimer les enfants qui en sont nés : comme lorsqu'un homme marié a eu un commerce adultérin avec une femme, le mariage qu'il a contracté depuis avec elle après la mort de sa femme, ne peut légitimer les enfants nés de ce commerce adultérin ; car lors de ce commerce ils étoient absolument incapables de contracter mariage ensemble; un homme ne pouvant pas, pendant son mariage, épouser une autre femme.

C'est pourquoi on doit tenir pour règle générale, que le mariage ne peut légitimer que les enfants nés d'un commerce *inter solutum et solutam*, c'est-à-dire, libres l'un et l'autre d'un autre engagement, et qui étoient capables de contracter dès-lors mariage ensemble ; et qu'il ne peut jamais purger le vice d'un commerce adultérin, pour légitimer les enfants qui en sont nés.

416. C'est une question qui a été grandement agitée entre les docteurs, si cette règle doit recevoir exception dans le cas auquel l'une des parties auroit ignoré que l'autre étoit mariée lors du commerce charnel qu'elles ont eu ensemble. Ceux qui admettent cette exception, tirent leur principal argument du chap. *ex tenore, ext. qui filii sint legit.* Suivant cette décrétale, comme nous le verrons *infrà*, en l'*art.* 4, lorsqu'une partie contracte de bonne foi un mariage nul, qu'elle croit légitime, dans l'ignorance où elle est de l'empêchement qui le rend nul; comme lorsqu'une femme épouse un homme qu'elle ignore être marié à une autre femme; la bonne foi de cette partie, et l'ignorance où elle est du vice qui rend son mariage nul, fait donner à ce mariage, quoique nul, les effets d'un mariage légitime, et par conséquent le titre et les droits d'enfants légitimes, aux enfants qui en sont nés. Donc, par la même raison, disent ces docteurs, lorsqu'une femme a habitude charnelle avec un homme qu'elle ignore

être marié, et avec qui elle croit ne commettre qu'une fornication, et non un adultère, *aut vice versâ*, l'ignorance en laquelle est cette femme, que l'homme avec qui elle avoit ce commerce, étoit marié, et que leur commerce étoit adultérin, doit empêcher qu'il ne soit regardé comme adultérin, et il doit passer pour une simple fornication, dont le vice peut être purgé par un mariage légitime qu'ils contractent par la suite ensemble.

Enfin, pour éluder le principe sur cette matière, qui ne permet pas que le mariage puisse purger le vice du commerce charnel que les parties ont eu ensemble auparavant, s'ils n'étoient, dès le temps de ce commerce, capables de contracter mariage ensemble, ces docteurs répondent que s'ils n'étoient pas capables de contracter ensemble un véritable mariage, ils étoient capables de contracter ensemble un mariage putatif, lequel, en conséquence de l'ignorance de la femme, auroit eu les effets d'un véritable mariage.

Ceux qui rejettent l'exception, disent au contraire que le pape Alexandre III ayant dit en termes généraux, que les enfants nés avant le mariage ne pouvoient être légitimés par le mariage, dans le cas auquel leurs père et mère, lors du commerce dont ils sont nés, n'étoient pas capables de contracter mariage ensemble; et qu'en conséquence les enfants nés du commerce qu'un homme marié avoit eu du vivant de sa femme avec une fille, ne pouvoient être légitimés par le mariage que cet homme a, depuis la mort de sa femme, contracté avec leur mère; et n'ayant point distingué si leur mère, lors du commerce charnel qu'elle a eu avec leur père, savoit qu'il fût marié, ou si elle l'ignoroit, on ne doit pas faire une distinction que la loi n'a pas faite; *Ubi lex non distinguit, nec nos debemus distinguere;* et l'on doit décider indistinctemnt que le mariage ne peut légitimer les enfants nés du commerce qu'un homme marié a eu avec une fille, soit que cette fille ait su qu'il étoit marié, soit qu'elle l'ait ignoré.

Pareillement les coutumes de Troyes et de Sens, ci-dessus citées, qui nous ont rapporté les principes du droit françois sur la matière de la légitimation, ayant dit que les enfants nés avant le mariage, *ex soluto et solutâ,* étoient légitimés par le mariage que contractent par la suite leurs père et mère; n'y ayant que les enfants nés *ex soluto et solutâ*, qui soient compris dans la disposition de la loi; il n'y a qu'eux qui peu-

vent prétendre à la grâce de la légitimation accordée par la loi : on ne peut l'étendre à ceux nés *ex cònjugato et solutâ*, qui n'y sont point compris. Peu importe donc que la partie qui étoit libre ait su ou ait ignoré que l'autre fût mariée; il suffit que les enfants ne soient pas nés *ex soluto et solutâ*, mais qu'ils le soient *ex conjugato et solutâ*, pour qu'ils ne puissent être légitimés.

A l'égard de l'argument que les partisans de l'exception tirent du chapitre EX TENORE, qui fait tout le fondement de leur opinion, la réponse est, que c'est mal-à-propos qu'ils comparent le cas du chapitre *ex tenore*, avec celui qui fait l'objet de la question. Il n'y a aucune comparaison à faire entre une femme qui croit contracter un mariage légitime, en épousant un homme qu'elle ignore être marié à un autre, qui est le cas du chapitre *ex tenore*, et une femme qui a avec un homme un commerce qu'elle sait être criminel, quoiqu'elle ignore qu'il soit adultérin. Dans le cas du chapitre *ex tenore*, la femme qui épouse un homme qu'elle ignore être marié, est parfaitement innocente; elle croit contracter un mariage légitime. La loi lui tient compte de la bonne intention qu'elle a de donner à l'état des enfants légitimes par un mariage qu'elle croit légitime; et elle la récompense en donnant, en sa considération, aux enfants nés de ce mariage, quoique nul, les titres et les droits des enfants légitimes. Au contraire, dans l'espèce de la question présente, la femme qui a une habitude charnelle avec un homme qu'elle ignore être marié, n'est pas innocente; quoiqu'elle croie ne commettre avec cet homme qu'une simple fornication, et non un adultère, elle n'ignore pas que le commerce qu'elle a avec cet homme, est défendu par la loi de Dieu, qui ne défend pas seulement l'adultère, mais qui défend aussi la fornication. Cette femme, par ce commerce, DABAT OPERAM REI ILLICITÆ. L'ignorance où elle étoit que l'homme fût marié, n'est donc pas une ignorance innocente, INCULPABILIS, qui puisse empêcher que le commerce qu'elle a eu avec cet homme ne doive être considéré, non comme tel qu'il étoit dans l'opinion de cette femme, mais comme tel qu'il étoit effectivement, c'est-à-dire, comme un commerce adultérin, dont le vice ne peut être purgé par le mariage légitime que les parties contractent depuis ensemble. Il n'y a donc aucune parité ni aucune comparaison à faire entre le cas du chapi-

tre *ex tenore*, et celui de la question présente. Le cardinal de Palerme (*Panormitanus*) fait très-bien sentir la disparité de ces deux cas : *Quia contrahens matrimonium*, dit-il, *dat operam rei licitæ, ideò ignorantia sua excusatur : sed admittens virum sinè matrimonio, dat operam rei illicitæ; ideò ignorantia sua non est probabilis, nec debet indè consequi præmium, et danti operam rei illicitæ imputantur omnia quæ sequuntur præter voluntatem suam.* Bartole, *ad* l. 38, §. 1, ff. *ad L. Jul. de adult.*, dit pareillement : *Quandocunquè coïtus fit sinè colore matrimonii, tunc indistinctè punitur, secundùm illud quod est in veritate, non secundùm id quod putabat, qui dabat ab initio operam rei illicitæ.* Cette question s'est présentée à l'audience de la Grand'Chambre, dans la cause d'une fille de Tibério-Fiorelli, connu sous le nom de Scaramouche, née du commerce que ce Fiorelli, du vivant de sa première femme, avoit eu avec une nommée Marie Duval, qui ignoroit, comme tout le monde, qu'il fût marié. Cette fille ayant prétendu avoir été légitimée par le mariagé légitime que Fiorelli avoit depuis, et après la mort de sa première femme, contracté avec ladite Marie Duval, elle fut déboutée de sa prétention, par arrêt du 4 juin 1697, sur les conclusions de M. d'Aguesseau. La question est traitée à fond dans son plaidoyer, qui est le quarante-septième, au quatrième tome de ses Œuvres.

417. On a fait une autre question, qui est de savoir si, pour qu'un enfant soit censé né *ex soluto et solutâ*, et qu'il soit en conséquence capable de légitimation *per subsequens matrimonium*, il suffit que ses père et mère, lorsqu'il est venu au monde, fussent libres, c'est-à-dire, non engagés dans aucun mariage, quoiqu'au temps du commerce charnel qu'ils ont eu ensemble, duquel cet enfant est né, l'un d'eux fût alors marié. Fachin, *Contror. lib.* 3, *cap.* 50, cite pour l'affirmative de plusieurs canonistes de grand nom, à l'avis desquels il se range. Ils se fondent principalement sur ce qui est dit au titre *de Ingenuis* des Institutes de Justinien, que pour que je sois ingénu, il suffit que ma mère ait été de condition libre au temps de ma naissance, quoiqu'elle fût encore esclave au temps de ma conception, *aut vice versâ.* Je trouve l'opinion contraire bien plus raisonnable. Le texte des Institutes, qui fait le principal fondement de l'opinion de Fachin, et des auteurs par lui cités, ne mè paroit avoir aucune application à la question. L'état d'ingénuité d'une personne dépend uni-

quement de la condition de PERSONNE LIBRE qu'a dû avoir sa mère. On a décidé favorablement qu'il suffisoit que la mère ait eu cette qualité de PERSONNE LIBRE, soit au temps de la conception, soit au temps de la naissance de l'enfant, soit dans le temps intermédiaire. Mais dans l'espèce de la présente question, la capacité de la légitimation *per subsequens matrimonium*, dépend de la qualité du commerce charnel dont est né l'enfant. S'il étoit adultère, l'enfant ne peut être capable de la légitimation : mais quand même, au temps de la naissance de l'enfant, son père et sa mère n'auroient plus été l'un et l'autre engagés dans aucun mariage, il suffit que, lors du commerce charnel qu'ils ont eu ensemble, l'un des deux fût marié, pour que le commerce ait été adultérin, et pour que l'enfant qui en est né, soit né d'un commerce adultérin, et par conséquent incapable de la légitimation qui se fait *per subsequens matrimonium*.

### §. III. Quels mariages ont l'effet de légitimer les enfants nés auparavant.

418. Pour qu'un mariage ait l'effet de légitimer les enfants nés du commerce que les parties ont eu auparavant, il faut non-seulement que ce mariage ait été valablement contracté, mais encore que ce soit un mariage qui ne soit pas privé des effets civils par nos lois. Cela est évident : l'effet de légitimer les enfants nés avant le mariage, étant un des principaux effets civils du mariage, un mariage privé des effets civils ne peut pas avoir cet effet.

Cela fait cesser dans notre droit françois la question agitée entre les docteurs, si un mariage contracté *in extremis* peut légitimer les enfants nés du commerce que les parties ont eu avant leur mariage. Nos lois ayant privé des effets civils ces mariages, comme nous le verrons en l'article suivant, c'est une conséquence qu'ils ne puissent légitimer les enfants que les parties ont eus auparavant.

419. Il y a certains mariages auxquels, quoiqu'ils soient nuls, la loi donne les effets civils, en considération de la bonne foi des parties, ou de l'une d'elles, qui ont ignoré l'empêchement qui le rendoit nul. On demande s'ils peuvent avoir l'effet de légitimer les enfants nés du commerce qu'ont eu les parties avant ce mariage putatif, et dans un temps où ils étoient capables de contracter mariage ensemble? Non.

Si on donne à ce mariage putatif les effets civils, afin que les enfants qui en sont nés aient le titre et les droits d'enfants légitimes, c'est qu'ils sont nés d'un commerce innocent, au moins de la part d'une des parties : mais ceux nés du commerce que les parties ont eu avant ce mariage putatif, étant nés d'un commerce criminel de la part des deux parties, ne méritent pas qu'on s'écarte des règles en leur faveur. Le vice du commerce dont ils sont nés ne peut être purgé, et ils ne peuvent être légitimés que par la force et l'efficace d'un véritable mariage qui seroit intervenu depuis entre leurs père et mère : un mariage putatif ne peut avoir cet effet. A plus forte raison le mariage putatif ne peut légitimer les enfants nés auparavant, si lors du commerce qu'ont eu leurs père et mère, et dont ils sont nés, leurs père et mère étoient déjà alors incapables de contracter mariage ensemble, quoiqu'ils ignorassent l'empêchement : car en ce cas ces enfants ne pourroient pas être légitimés, même par un mariage légitime, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 416.

C'est pourquoi, par l'arrêt intervenu dans l'affaire du fameux Jean Maillard, le 15 mars 1674, qui est rapporté au troisième tome du Journal des Audiences, les enfants nés du commerce que Thibault de la Boissière avoit eu avec la femme de Maillard, qu'on croyoit mort, et qu'il avoit depuis épousée, furent avec raison déclarés illégitimes, et n'avoir pu être légitimés par le mariage que leurs père et mère avoient depuis contracté, lequel, par la représentation de Maillard, se trouva nul, car ces enfants n'auroient pas même pu être légitimés par un mariage légitime, suivant les principes établis *suprà, d. n.* 416.

420. L'inégalité de condition des parties qui contractent mariage, n'étant pas, selon notre droit françois, seule suffisante pour empêcher que leur mariage ne soit valable, ni pour empêcher qu'il n'ait les effets civils, c'est une conséquence qu'elle n'empêche pas que les enfants nés du commerce que les parties ont eu avant leur mariage, ne soient légitimés par le mariage, quoique quelques anciens docteurs, cités par Fachin, *l.* 5, *controv.*, *cap.* 53, aient été d'opinion contraire.

421. Personne ne doute que le mariage a la force de légitimer les enfants nés du commerce charnel que les parties ont eu auparavant ensemble, quoique l'une d'elles, depuis

ce commerce, en ait contracté un avec une autre personne, après la dissolution duquel elles se sont mariées ensemble. Il y a néanmoins une raison de douter, qui est, qu'en ce cas on ne peut pas, pour la fiction de la légitimation, rétrograder leur mariage au temps du commerce qu'elles ont eu ensemble, y ayant un mariage contracté par l'une des parties avec une autre personne, dans le temps intermédiaire depuis ce commerce; mariage qui fait obstacle à cette rétrogradation. La réponse est que la fiction de cette retrogradation n'est pas absolument nécessaire pour la légitimation : il suffit qu'on puisse favorablement supposer que lors du commerce que les parties ont eu ensemble, elles ont eu ce commerce en vue du mariage qu'elles se proposoient alors de contracter; que l'une des parties a depuis changé de dessein en se mariant à une autre personne; mais qu'après la dissolution de ce mariage, elles ont enfin exécuté leur premier dessein. Le mariage intervenu avec une autre personne pendant le temps intermédiaire, n'empêche point qu'on ne puisse supposer tout cela; et tout cela étant supposé, le commerce d'où les enfants sont nés, étant supposé intervenu en vue du mariage que les parties se proposoient alors de contracter ensemble, et qu'elles ont effectivement contracté par la suite, on peut considérer ce commerce comme ayant été en quelque façon une espèce d'anticipation du mariage qu'elles ont contracté par la suite, et les enfants comme étant, par anticipation, enfants de ce mariage, et légitimés par ce mariage.

### §. IV. Comment se fait la légitimation.

422. La légitimation des enfants nés du commerce charnel que les parties ont eu avant leur mariage, se fait par la seule force et efficace du mariage que leurs père et mère contractent : *Tanta est vis matrimonii, ut qui anteà sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur.*

Il n'est donc pas nécessaire que le consentement du père et de la mère intervienne pour cette légitimation; il n'est pas en leur pouvoir de priver leurs enfants du droit que la loi leur donne, par l'effet qu'elle donne au mariage de leurs père et mère, de les légitimer.

Il est encore moins nécessaire que lors de la célébration du mariage, on ait fait paroître ces enfants sous le poêle.

Cette cérémonie est une reconnoissance solemnelle que les parties contractantes font de ces enfants, mais qui n'est pas nécessaire lorsqu'elles les ont reconnus pour leurs enfants, de quelque autre manière que ce soit, soit avant, soit depuis leur mariage ; et en un mot, lorsque ces enfants peuvent, de quelque manière que ce soit, justifier leur état.

423. Il y a un peu plus de difficulté de savoir si les enfants sont légitimés malgré eux, ou si au contraire un enfant peut empêcher l'effet qu'a le mariage de légitimer les enfants nés auparavant, en protestant par écrit qu'il ne veut pas l'être. Il ne peut y avoir lieu à cette question dans nos provinces de pays coutumier. S'il est mineur, il ne peut pas renoncer à ses droits, ni par conséquent à des droits aussi avantageux que ceux que lui procure la légitimation : s'il est majeur, ne trouvant qu'à gagner à la légitimation, qui ne peut lui apporter aucun préjudice, il ne peut jamais arriver qu'un enfant refuse d'être légitimé. La question ne peut avoir lieu que dans les pays de droit écrit, où les droits de la puissance paternelle étant très-considérables, même sur les enfants majeurs, un enfant naturel pourroit avoir quelqu'intérêt à refuser la légitimation, pour n'y être pas soumis. Fachin, *lib.* 3, *cantrov.*, *cap.* 54, propose la question, et il se range à l'avis de ceux qui soutiennent que les enfants nés avant le mariage, ne peuvent être malgré eux légitimés par le mariage de leur père avec leur mère. Ces docteurs se fondent principalement sur la novelle 91, *cap.* 11, où Justinien dit effectivement qu'un père ne peut légitimer ses enfants malgré eux, par quelque manière de légitimation que ce soit, *sive..... sive per instrumentorum* (*dotalium*) *celebrationem* ; ce qui désigne la légitimation qui se fait en contractant un mariage légitime avec leur mère. Ces docteurs ajoutent que la légitimation étant un droit établi en faveur des enfants, ils peuvent y renoncer, suivant la règle, *Unicuique licet juri in favorem suum introducto renuntiare.* Ceux de l'opinion contraire répondent que la question ne doit pas se décider par la disposition de la novelle ci-dessus alléguée. Nous avons tiré nos principes sur la légitimation, plutôt du droit canonique que des lois romaines, qui, comme nous l'avons déjà observé ci-dessus, *n.* 410, ont sur cet objet peu d'application à notre droit. Or il paroît que, suivant les principes du droit canonique, la légitimation des enfants nés avant le mariage, s'o-

père de plein droit par la seule efficace du mariage que leurs père et mère contractent; et quoique cette légitimation soit établie principalement en faveur des enfants, elle ne l'est pas seulement en leur faveur, elle l'est aussi en faveur des père et mère. Il ne doit donc pas être au pouvoir des enfants de renoncer à la légitimation, et de priver leurs père et mère des droits que la légitimation accorde sur eux à leurs père et mère; de même qu'il n'est pas au pouvoir des père et mère de priver leurs enfants des droits que la légitimation leur donne.

§. V. Quels sont les effets de cette légitimation.

424. La légitimation des enfants nés avant le mariage, que le mariage de leurs père et mère opère, a bien plus d'effet que celle qu'un bâtard obtient par lettres du prince. Celle-ci n'accorde aux enfants légitimés que le droit de porter le nom de leur père, et de porter ses armes avec une brisure : elle ne les rend pas habiles à succéder ni à leur père, ni à leur mère, ni à aucun parent de la famille de leur père ou de leur mère.

Au contraire, la légitimation qui s'opère par le mariage, rend les enfants nés avant le mariage, aussi parfaitement légitimes que s'ils étoient nés durant le mariage : elle leur donne tous les mêmes droits, et ne met aucune différence entre eux et les enfants nés durant le mariage; jusque là même qu'elle donne le droit d'aînesse aux enfants nés avant le mariage, sur ceux nés durant le mariage.

425. Mais si dans le temps intermédiaire du commerce charnel d'où ces enfants sont nés, et du mariage de leurs père et mère, qui les a légitimés, l'une des parties, *putà*, le père, avoit contracté un premier mariage avec une autre femme, après la mort de laquelle il a épousé en secondes noces la mère desdits enfants, lesdits enfants n'auront pas le droit d'aînesse sur les enfants du premier mariage : « car, quoi-» qu'ils soient venus au monde avant eux, ils ne sont néan-» moins nés à la famille de leur père qu'après eux, par le » second mariage que leur père a contracté avec leur mère. » Ce second mariage qui les a légitimés, les fait réputer en-» fants de ce second mariage. Or il seroit absurde que des » enfants du second mariage fussent les aînés de ceux du » premier. »

### ARTICLE III.

#### De certains mariages qui, quoique valablement contractés, n'ont pas les effets civils.

La déclaration du roi Louis XIII, de 1639, prive des effets civils certains mariages, quoiqu'ils aient été valablement contractés.

#### PREMIÈRE ESPÈCE.

426. La déclaration du roi Louis XIII, de 1639, prive des effets civils les mariages qu'on a affecté de tenir secrets jusqu'à la mort de l'un des deux conjoints.

Il y est dit dit, *art.* 5 : « déclarons les enfants qui naîtront » de ces mariages, que les parties ont tenus jusqu'ici, ou » tiendront à l'avenir cachés pendant leur vie, qui ressentent » plutôt la honte d'un concubinage que la dignité d'un ma- » riage, incapables de toutes successions, aussi bien que leur » postérité. »

Lorsque ces mariages ont été faits en face d'église, par le curé des parties, en présence de quatre témoins signandaires, et qu'ils n'ont d'autre vice que cette clandestinité, ces mariages sont valablement contractés; ils subsistent quant au lien naturel; mais la déclaration du roi Louis XIII, que nous venons de rapporter, les prive des effets civils, en déclarant les enfants qui en naissent, *incapables de toute succession.*

On a élevé la question, si ces enfants étoient, par cet article, incapables, non-seulement des successions de leurs père et mère, mais même de celles de leurs parents collatéraux : il a été jugé par arrêt du 24 juillet 1704, qu'ils en étoient incapables. La question ne souffroit aucune difficulté. 1° Ces mots, TOUTES SUCCESSIONS, comprennent les collatérales comme les directes. 2° Si la loi déclare ces enfants *incapables de successions*, ce n'est que parce qu'elle refuse au mariage dont ils sont nés, les effets civils, et que par conséquent elle refuse à ces enfants les droits de parenté civile. Or n'ayant pas les droits de parenté civile, ils ne peuvent être capables d'aucune succession, n'y ayant que la parenté civile qui y donne droit.

Leur postérité en est aussi déclarée incapable; car ces

enfants ne peuvent transmettre à leur postérité les droits de parenté civile qu'ils n'ont pas.

427. C'est à ceux qui attaquent ces mariages, à prouver la clandestinité. Plusieurs circonstances peuvent l'établir; 1° lorsque la femme n'a pas pris le nom de son mari pendant tout le temps que le mariage a duré; 2° lorsque, dans les actes qu'elle a passés depuis son mariage, elle a pris la qualité de fille, ou de veuve d'un précédent mari; 3° lorsqu'une servante qui a épousé son maître, ou un domestique qui a épousé sa maîtresse, ont toujours continué de paroître dans la maison dans leur état de domestiques.

La preuve de clandestiné qui résulte de ces circonstances, ou d'autres circonstances semblables, n'est pas détruite par les certificats qu'on rapporte de la publication des bans; car il n'arrive que trop souvent qu'un prêtre les publie d'une manière à ne se pas faire entendre.

428. Si le mariage tenu secret pendant toute la vie de l'un des conjoints, lequel, comme s'exprime l'édit, *ressent plutôt la honte d'un concubinage que la dignité d'un mariage*, est puni de la privation des effets civils, même dans les enfants nés de ce mariage, quoiqu'ils soient innocens de la faute que leurs père et mère ont commise en tenant secret leur mariage, à plus forte raison doit-il être privé des effets civils par rapport à la veuve qui a participé à cette clandestinité. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 26 mai 1705, rapporté par Augeard, par lequel Marie Sonvelle, ouvrière du palais, veuve du sieur Sonnet, trésorier des suisses, dont le mariage avoit été tenu secret pendant tout le temps qu'il avoit duré, fut déclarée privée des effets civils de son mariage; en conséquence déchue de son douaire et autres conventions matrimoniales. Les héritiers du mari furent seulement condamnés à lui restituer la somme que son défunt mari avoit reconnu, par son contrat de mariage, avoir reçue d'elle en dot. La veuve avoit à cet égard, contre les héritiers du mari, l'action qu'on appelle en droit, *condictio sine causâ*.

SECONDE ESPÈCE.

429. La déclaration de 1639, prive des effets civils une autre espèce de mariage. Elle porte, *art.* 6 : « Voulons que » la même peine (de la privation des successions) ait lieu » contre les enfants qui sont nés de femmes que les pères ont

» entretenues, et qu'ils épousent lorsqu'ils sont à l'extrémité » de la vie. »

Quoique ce mariage ait été célébré à l'église où cet homme s'est fait porter après la publication ou dispense de bans, et qu'il soit en conséquence valablement contracté, la loi ne veut pas qu'il ait les effets civils.

L'édit du mois de mars 1697, a confirmé sur ce point la déclaration de 1639, et il l'a étendue aux mariages des femmes qui épousent *in extremis* un homme avec qui elles ont eu un mauvais commerce. Il est dit à l'article dernier : « Voulons que l'article 6 de l'ordonnance de 1639, au sujet des » mariages que l'on contracte à l'extrémité de la vie, ait » lieu, tant à l'égard des femmes qu'à celui des hommes; et » que les enfants qui sont nés de leurs débauches avant les» dits mariages, ou qui pourront naître après lesdits mariages » contractés en cet état, soient, aussi bien que leur posté» rité, incapables de toutes successions. »

430. Il faut que ceux qui attaquent ces mariages, prouvent deux choses: 1° le mauvais commerce qui a précédé le mariage; 2° que la personne étoit *in extremis* lorsque le mariage a été contracté.

Le marige est censé contracté *in extremis*, lorsque la personne étoit au lit, malade d'une maladie qui avoit un trait prochain à la mort, quoiqu'elle ne soit morte que quelques mois après.

Un homme qui avoit eu mauvais commerce avec une femme, ayant été blessé d'un coup de pied, et l'ayant épousée six jours après, dans un temps où la blessure paroissoit si dangereuse, qu'il reçut l'extrême-onction le jour de son mariage, la cour, par arrêt du 28 février 1667, jugea que ce mariage avoit été contracté *in extremis*, quoiqu'il eût survécu cinquante-quatre jours depuis, et réduisit à des aliments les enfants qu'il avoit eus de cette femme. L'arrêt est rapporté au troisième tome du Journal des Audiences. Il y a deux autres arrêts rapportés au même tome, l'un du 22 décembre 1672, l'autre du 3 juillet 1674, par lesquels des mariages furent réputés faits *in extremis*, quoique, dans l'espèce du premier, l'homme eût survécu soixante-cinq jours, et dans l'espèce du second, quarante-deux jours.

Il en seroit autrement si la maladie dont la personne étoit déjà attaquée lorsque le mariage a été contracté, n'avoit pas

encore un trait prochain à la mort, mais pouvoit durer plusieurs années, quoiqu'elle fût mortelle et jugée incurable, et que ce soit celle dont la personne est morte.

Par exemple, si lorsque le mariage a été contracté, la personne étoit attaquée d'hydropisie ou de pulmonie; si ces maladies n'étoient pas alors dans leurs derniers périodes, pouvant durer plusieurs années, le mariage ne seroit pas censé contracté *in extremis*, quoique la personne soit morte de ces maladies.

431. Le mariage n'est pas censé avoir été contracté *in extremis*, quoique la personne soit morte de mort subite le jour même du mariage, si elle n'étoit pas malade lorsqu'elle l'a contracté.

Quoique l'état de grossesse soit un état dangereux, néanmoins lorsqu'il n'y a pas d'accidents, la grossesse étant un état naturel, et n'étant pas une maladie, le mariage qu'une femme contracte dans cet état, n'y ayant pas encore d'accident extraordinaire, n'est pas censé contracté *in extremis*, et n'est pas dans le cas de l'édit, quoique par des accidents survenus depuis que le mariage a été contracté, cette femme soit morte dès le lendemain. C'est ce qui a été jugé par un arrêt rapporté au Journal.

432. Quoique le mariage ait été contracté *in extremis*, si la personne étant en pleine santé, avoit fait ce qui étoit en son pouvoir pour le contracter, et qu'elle en ait été empêchée par les traverses qu'on lui a suscitées, et par les oppositions qu'on lui a formées, dont elle n'a pu avoir main-levée plus tôt, ce mariage ne doit pas être privé des effets civils. On ne peut en ce cas rien imputer à cette personne. On ne peut pas dire qu'elle ait attendu qu'elle fût *in extremis*, pour contracter son mariage : ce n'est pas par conséquent le cas de la loi. C'est ce qui a été très-sagement jugé par un arrêt du parlement de Normandie, du 29 juillet 1717, rapporté au sixième tome du Journal.

### TROISIÈME ESPÈCE.

433. Une troisième espèce de mariage qui, quoique valablement contracté, et quoiqu'il subsiste quant au lien naturel, est néanmoins privé des effets civils, est celui que contracte une personne qui a perdu l'état civil par une condamnation à mort.

C'est la disposition de la déclaration de 1639, *art.* 7, qui dit : « Voulons que la même peine ( de la privation des suc- » cessions ) ait lieu.... aussi contre les enfants procréés par » ceux qui se marient après avoir été condamnés à mort, » même par les sentences de nos juges rendues par défaut, si » avant leur décès ils n'ont été remis au premier état, sui- » vant les lois prescrites par nos ordonnances. »

Indépendamment de cette disposition, il est impossible *per rerum naturam*, qu'une telle personne puisse contracter un mariage qui ait les effets civils; car étant, par sa mort civile, regardée dans la société comme n'existant plus, quant à ce qui est de l'ordre civil, c'est une conséquence qu'elle ne peut être capable d'un mariage civil.

C'est pourquoi ces termes, *par les sentences de nos juges*, qui se trouvent dans la disposition que nous venons de rapporter, ne doivent pas la restreindre aux sentences des juges royaux, les sentences capitales des juges des seigneurs ayant le même effet.

434. Lorsqu'une personne condamnée à une peine capitale par contumace, s'est mariée, et est morte dans les cinq ans de la publication de la sentence, sans s'être représentée, son mariage doit-il avoir les effets civils? Oui, car, pendant les cinq ans, son état civil est plutôt suspendu que perdu, et lorsqu'elle meurt dans les cinq ans, elle meurt *integri status*, et est censée ne l'avoir jamais perdu; *ordonnance de* 1670, *tit.* 17, *art.* 29. Son mariage est donc en ce cas le mariage d'une personne qui doit être censée n'avoir jamais perdu l'état civil, et par conséquent rien n'empêche qu'il ne soit un mariage civil, qui ait les effets civils.

C'est pourquoi ces termes de l'édit, ci-dessus rapportés : «si avant leur décès, ils n'ont été remis dans leur premier » état, suivant les lois prescrites par nos ordonnances», me paroissent ne pouvoir s'appliquer qu'au cas auquel le condamné n'est mort qu'après les cinq ans; auquel cas il meurt sans avoir été remis dans son premier état, s'il n'y a été remis en se représentant, ou étant constitué prisonnier : car lorsqu'il meurt dans les cinq ans, il est censé ne l'avoir jamais perdu.

Ce que nous venons de dire sur le mariage d'un condamné à mort dans les cinq ans, est exactement conforme aux maximes établies par M. Lenain, avocat-général, dans son plai-

doyer rapporté au sixième tome du Journal, *liv.* 9, *chap.* 11.

435. Observez que si la femme, lors de son mariage, a ignoré que l'homme qu'elle épousoit avoit perdu l'état civil, sa bonne foi donne à ce mariage les effets civils, comme nous le verrons en l'article suivant.

436. Il nous reste à faire une observation génerale à l'égard des enfants qui naissent de ces espèces de mariages, qui, quoique valablement contractés, n'ont pas les effets civils. Ces enfants n'ont pas à la vérité les droits que les effets civils du mariage donnent aux enfants, tels que les droits de famille, de succession, de douaire, de légitime, etc. : mais le mariage dont ils sont nés, étant un véritable mariage, ils ne sont pas bâtards, et ils sont en conséquence capables d'être promus aux ordres sacrés et aux bénéfices.

## ARTICLE IV.

### Du cas auquel un mariage, quoique nul, a des effets civils que lui donne la bonne foi des parties qui l'ont contracté.

437. Le cas auquel un mariage, quoique nul, a des effets civils, est lorsque les parties qui l'ont contracté étoient dans la bonne foi, et avoient une juste cause d'ignorance d'un empêchement dirimant qui le rendoit nul.

On peut apporter pour exemple le cas auquel la femme d'un soldat qu'on avoit vu, le jour d'un combat, couché parmi les morts sur le champ de bataille, et qu'on avoit en conséquence cru mort, quoiqu'il ne le fût pas, se seroit mariée à un autre homme, sur la foi d'un certificat de mort de son mari, en bonne forme, qu'elle auroit du major du régiment. Si, long-temps après, et depuis qu'elle a eu des enfants de ce second mariage, son premier mari, qu'on croyoit mort, vient à reparoître, il n'est pas douteux que le second mariage que cette femme a contracté, est nul; qu'elle doit quitter son second mari, et retourner avec le premier; son premier mariage qui a toujours subsisté, ayant été un empêchement dirimant du second : mais quoique ce second mariage soit nul, la bonne foi des parties qui l'ont contracté, lui donne, par rapport aux enfants qui en sont nés, les effets civils que produisent les mariages, en donnant aux enfants les droits de famille, et tous les autres droits qu'ont les enfants nés d'un légitime mariage. En conséquence les enfants nés

de ce second mariage, viendront aux successions de leurs père et mère, et même concourront à celle de leur mère avec les enfants qu'elle a eus de son premier mariage.

Comment, direz-vous, ce mariage qui est nul, peut-il donner ces droits aux enfants qui en sont nés? car *quod nullum est, nullum producit effectum.* La réponse est, que si ce mariage, en tant qu'il est considéré comme nul, ne peut pas les leur donner, la bonne foi des parties qui l'ont contracté, les leur donne, en suppléant à cet égard au vice du mariage.

438. La bonne foi des parties qui ont contracté un mariage nul, donne-t-elle pareillement à ce mariage les effets civils, à l'effet de confirmer entre elles leurs conventions matrimoniales, et de donner à la femme un douaire? Il y a même raison.

On opposera que les conventions matrimoniales dépendent de la condition, *si nuptiæ sequantur*, laquelle n'a pas été accomplie, puisqu'on ne peut pas dire qu'elles ont été suivies d'un mariage entre les parties, celui qui a suivi n'étant pas un véritable mariage, puisqu'il est nul. La réponse est, que la bonne foi des parties qui l'ont contracté, supplée à la nullité de ce mariage, et fait regarder la condition comme accomplie, de même qu'elle fait regarder comme légitimes les enfants qui en sont nés.

439. Lorsqu'il n'y a que l'une des parties qui a ignoré de bonne foi l'empêchement dirimant qui rendoit nul le mariage qu'elle a contracté avec l'autre partie, sa bonne foi suffit-elle pour donner à ce mariage, quoique nul, les effets civils par rapport aux enfants qui en sont nés, et pour leur donner les droits d'enfants légitimes, même vis-à-vis de l'autre partie, qui étoit de mauvaise foi? Le droit canonique a décidé pour l'affirmative, et a porté jusque là la faveur de la bonne foi. C'est la décision du chapitre *Ex tenore*, 14, *Ext. qui filii sint legitimi.*

Ce chapitre est dans l'espèce d'un homme qui, du vivant de sa femme, avoit épousé une autre femme, laquelle ignoroit qu'il fût marié. Innocent III décide que la bonne foi de la mère faisoit réputer légitimes les enfants qu'elle avoit eus de ce mariage nul, même à l'effet de recueillir la succession de leur père, qui avoit contracté de mauvaise foi.

On peut aussi rapporter pour exemple le cas d'un prêtre qui ayant résidé très-long-temps en habit laïque dans une

ville éloignée de son pays, où il n'étoit pas connu pour ecclésiastique, y auroit épousé une femme qui le croyoit de bonne foi laïque. La bonne foi de cette femme, et la juste ignorance en laquelle elle a été de l'empêchement dirimant qui rendoit nul le mariage qu'elle a contracté avec cet homme, suffit pour donner aux enfants qui en sont nés, les droits d'enfants légitimes, non-seulement vis-à-vis de leur mère, qui étoit dans la bonne foi, mais même vis-à-vis de de leur père, qui n'y étoit pas. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 4 février 1689, rapporté au cinquième tome du Journal des Audiences, dans l'espèce d'un mariage contracté par un chevalier de Malte, qui avoit caché sa qualité de profès. L'enfant né de ce mariage, quoique nul, fut, en conséquence de la bonne foi de la mère, déclaré avoir les droits d'enfant légitime, et de porter le nom et les armes de son père.

A l'égard de la femme qui a été trompée, il n'est pas douteux qu'elle peut poursuivre l'exécution de ses conventions matrimoniales contre l'homme qui l'a trompée et contre ses héritiers, et qu'ils ne sont pas recevables à opposer, pour s'en défendre, la nullité du mariage, puisque cette nullité procède du fait de cet homme, et qu'il a trompé la femme, en lui taisant l'empêchement qui la causoit. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 22 janvier 1693, rapporté au cinquième tome du Journal des Audiences, en faveur d'une femme qu'un nommé Foubert, récollet profès, dont on ignoroit l'état, avoit épousée. L'arrêt adjugea à cette femme la moitié de la communauté, qui étoit opulente, et toutes ses conventions matrimoniales.

440. Si la bonne foi de l'une des parties donne les effets civils à un mariage nul, à plus forte raison peut-elle les donner à un mariage véritable, lorsque l'une des parties a ignoré de bonne foi le vice qui le privoit des effets civils; comme lorsqu'une femme a épousé de bonne foi un homme qui avoit perdu l'état civil par une condamnation à peine capitale, dont la connoissance n'avoit pu parvenir à cette femme. Le Jugement ayant été rendu dans un pays éloigné, et avant qu'elle eût connu cet homme, la bonne foi de cette femme donne en ce cas à ce mariage les effets civils, à l'effet que les enfants qui en sont nés, aient les droits d'enfants légitimes, et puissent succéder à leur mère et à leurs parents maternels.

Mais ces enfants ne peuvent ni succéder aux biens de leur père, qui sont acquis au fisc, ni avoir les droits de famille dans la famille de leur père, puisque leur père les ayant perdus avant qu'ils fussent au monde, n'a pu les leur communiquer.

441. La bonne foi des parties, ou de l'une d'elles, peut bien donner les droits d'enfants légitimes aux enfants nés du commerce qu'elles ont eu depuis le prétendu mariage, dont elles ignoroient le vice; car ce commerce étoit, par rapport à leur bonne foi, un commerce innocent, au moins de la part de celle des parties qui étoit en bonne foi; mais la bonne foi que les parties ont eue en contractant ce prétendu mariage, ne peut donner les droits d'enfants légitimes aux enfants nés du commerce qu'elles ont eu ensemble auparavant; car ce commerce est un commerce criminel de la part des deux parties, dont le vice ne peut être purgé que par un véritable mariage.

Ceci s'éclaircira par un exemple. Une femme a eu un enfant du commerce qu'elle a eu avec un prêtre dont elle ignoroit la condition. Depuis elle a épousé ce prêtre, dont elle continuoit d'ignorer la condition, et elle en a eu d'autres enfants. Ceux nés depuis le prétendu mariage seront légitimes; car ils sont nés d'un commerce qui étoit innocent de la part de leur mère, qui croyoit de bonne foi avoir contracté un mariage légitime avec cet homme : mais l'enfant né du commerce que cette femme a eu avant le mariage, n'est pas légitime; car il est né d'un commerce criminel de la part des deux parties. La femme savoit bien qu'elle commettoit une fornication. Il est vrai que le vice d'une fornication peut se purger par un mariage que l'homme et la femme qui l'ont commise, contractent depuis ensemble; mais dans l'espèce présente, n'ayant pu intervenir de mariage légitime entre les parties, le prêtre étant incapable d'en contracter, le vice du commerce dont l'enfant est né, n'a pu être purgé.

Cette question a été jugée par l'arrêt rendu dans l'affaire du fameux Jean Maillard, du 15 mars 1674, qui est rapporté au troisième tôme du Journal des Audiences. Le sieur Thibault de la Boissière avoit eu des enfants de Marie Delatour, femme dudit Maillard, qu'on croyoit mort. Depuis, il avoit épousé ladite Delatour, sur la foi d'un certificat de mort donné par un capitaine. Jean Maillard s'étant par la suite re-

présenté après quarante années d'absence, et le mariage du sieur Thibaut de la Boissière avec la femme dudit Maillard, ayant en conséquence été déclaré nul, les enfants qu'il avoit eus d'elle auparavant, furent, par l'arrêt, déclarés illégitimes; un mariage nul, quoique contracté de bonne foi, n'ayant pu les légitimer.

---

# SIXIÈME PARTIE.

Des cassations de mariages; de leur dissolution, et de la séparation d'habitation.

## CHAPITRE PREMIER.

Des cassations de mariage.

442. Aucune puissance ne peut casser un mariage, lorsqu'il a été valablement contracté; car Dieu même ayant formé le lien du mariage, aucune puissance humaine ne peut le dissoudre : *Quod Deus conjunxit; homo non separet.*

Mais lorsqu'il y a contestation sur la validité d'un mariage, il appartient au juge de décider s'il a été valablement contracté, ou non; et le jugement par lequel le juge déclare qu'il n'a pas été valablement contracté, et qu'il est nul, est ce que nous appelons ici cassation de mariage.

Nous verrons sur cette matière, 1° par qui peuvent être intentées les demandes en cassation de mariage; 2° par quelles voies; et devant quels juges; 3° quel est l'office du juge sur ces demandes.

### ARTICLE PREMIER.

Par qui les demandes en cassation de mariage peuvent-elles être intentées.

Les demandes en cassation de mariage peuvent être intentées, 1° par l'une des parties qui l'ont contracté; 2° par leurs père et mère; 3° par leurs autres parents; 4° quelquefois par la partie publique.

#### §. I. Des parties qui ont contracté le mariage.

443. Chacune des parties qui ont contracté mariage, peut intenter contre l'autre la demande en cassation de mariage,

lorsqu'elle prétend qu'il y a un empêchement dirimant qui le rend nul.

Cette demande peut être intentée, même par celle des parties qui a trompé l'autre, en lui cachant un empêchement qui le rend nul. Par exemple, si un homme engagé dans les ordres sacrés, ou dans l'état de religion par des vœux solemnels, s'est marié à une femme à qui il a caché son état, qui n'étoit pas connu dans le lieu où il faisoit depuis longtemps sa résidence, ce prêtre ou ce moine est reçu à intenter contre la femme qu'il a trompée, la demande en cassation de leur mariage.

On opposera les maximes, *Nemo audiri debet propriam allegans turpitudinem; Nemo ex proprio dolo consequi potest actionem*, et autres semblables. La réponse est, que ces maximes n'ont d'autres objets qu'un intérêt particulier du demandeur : mais la demande qu'une partie forme en cassation de mariage, quoique ce soit par son dol qu'il ait été contracté, a, outre l'intérêt du demandeur, un objet d'honnêteté publique, qui seroit blessée, si on laissoit subsister un mariage que l'honnêteté publique et les lois ne permettent pas de laisser subsister; et cette raison d'honnêteté publique doit faire admettre la demande.

444. Il faut néanmoins à cet égard distinguer les vices *absolus* d'un mariage, et ceux qui sont seulement *respectifs*. Nous appelons ici *vices absolus*, ceux qui résultent de quelque empêchement dirimant qui se rencontrent, ou dans les deux parties, tels que sont ceux de parenté ou d'affinité, etc., ou dans l'une des parties, tels que sont ceux qui résultent de la profession religieuse ou des ordres sacrés, dans lesquels l'une des parties est engagée, ou qui résultent d'un défaut dans la forme de la célébration, *putà*, de ce que le mariage n'a pas été célébré en face d'église, ou de ce qu'il l'a été par un prêtre étranger, sans permission de l'évêque ou du curé.

Nous appelons *vices respectifs*, ceux qui ne sont vices d'un mariage que parce qu'on a violé le droit de quelqu'une des parties intéressées, tels que sont ceux qui résultent du défaut du consentement des père et mère au mariage de leurs enfants mineurs; celui qui résulte de la violence faite à l'une des parties contractantes, pour extorquer d'elle son consentement.

Chacune des parties peut donner la demande en cassation de son mariage pour raison de quelqu'un des vices absolus; mais la demande en cassation de mariage ne peut être intentée pour raison des vices respectifs, que par la partie qui prétendroit qu'on auroit violé ses droits. Par exemple, il n'y a que les père et mère qui puissent attaquer le mariage pour le défaut de leur consentement. Lorsque les père et mère ne s'en plaignent pas, et qu'ils n'attaquent pas le mariage, ils sont censés y consentir; et ni l'une ni l'autre des parties qui ont contracté le mariage sans ce consentement des père et mère, n'est recevable à en demander la cassation pour le défaut de ce consentement.

Pareillement, lorsque le consentement de l'une des parties à son mariage, a été extorqué par violence ou par séduction, il n'y a que cette personne qui soit reçue à intenter l'action en cassation de mariage; l'autre partie n'y est pas recevable.

445. Le vice d'impuissance de l'une des parties qui ont contracté mariage, doit-il être regardé comme vice absolu, ou seulement respectif? Quoique le vice d'impuissance soit un empêchement dirimant de mariage, pris dans la nature même du mariage, comme nous l'avons vu *suprà,* néanmoins, comme ce vice ne fait tort qu'à la partie avec qui l'impuissant a contracté mariage, qui ne peut se faire rendre par l'impuissant le devoir conjugal; que ce vice, qui est secret, ne peut blesser l'honnêteté publique, il ne doit être regardé que comme un vice respectif : en conséquence, il n'y a que la partie avec qui l'impuissant a contracté mariage, qui soit recevable à intenter la demande en cassation de mariage pour raison de l'empêchement d'impuissance; et l'impuissant n'est pas reçu à attaquer son mariage pour cause de ce prétendu vice, lorsque la partie avec qui il a contracté mariage, ne s'en plaint pas.

Observez aussi qu'une partie n'est pas recevable à attaquer son mariage pour cause d'impuissance de l'autre partie, après une cohabitation pendant un grand nombre d'années, sur-tout lorsqu'il y a eu des enfants baptisés, comme nés de ce mariage, ainsi que l'observa M. l'avocat-général Portail, dans la cause d'un nommé Jourdain, dont le plaidoyer est rapporté au cinquième tome du Journal des Audiences.

§. II. Des père et mère, et tuteurs.

446. Les père et mère d'un mineur qui s'est marié sans leur consentement, sont parties capables de poursuivre la nullité de son mariage; l'atteinte que ce mariage donne à la puissance paternelle, les rend intéressés à sa cassation, et recevables par conséquent à la poursuivre.

Si le père avoit depuis donné des marques d'approbation au mariage contracté sans son consentement, il seroit non-recevable. Suivant ce principe, par arrêt du mois de décembre 1672, un père fut déclaré non-recevable à attaquer le mariage de son fils, contracté sans son consentement, parce qu'il avoit été parrain d'un enfant né de ce mariage. Cet arrêt est rapporté au troisième tome du Journal des Audiences, *tom* 3, *l.* 6, *ch.* 31.

Par la même raison, ces marques d'approbation que le père a données au mariage, font tomber l'exhérédation du fils, que le père auroit faite en punition de ce mariage. Mais la simple bénédiction que le père a donnée à ce fils au lit de la mort, n'est pas suffisante pour révoquer l'exhérédation. Le père en ce cas, *censetur remisisse odium, et non satisfactionem injuriæ,* comme l'observa M. Talon; *arrêt du* 27 *avril* 1760, *au Journal des Audiences.*

Lorsqu'un fils de famille s'est marié en minorité, sans le consentement de son père; si depuis, étant devenu majeur, il a déclaré vouloir persévérer dans ce mariage, ne paroissant pas d'ailleurs que c'est par une suite de la séduction commencée en minorité, le père cesse d'être recevable dans l'appel comme d'abus du mariage; il ne lui reste plus que le foudre de l'exhérédation, dont il peut user contre son fils. C'est ce qui a été jugé sur les conclusions de M. Talon, par un arrêt du 6 mars 1636, rapporté par Bardet.

§. III. Des tuteurs.

447. Lorsqu'un mineur qui n'avoit ni père ni mère, a contracté mariage sans le consentement de son tuteur, le tuteur est aussi reçu à l'attaquer comme présumé entaché du vice de séduction. L'auteur des conférences de Paris rapporte un arrêt du 12 avril 1704, contre un nommé Berger.

Voyez néanmoins la distinction que nous avons observée

*suprà, n.* 336, entre le défaut de consentement des tuteurs, et le défaut de celui des père et mère.

§. IV. Des parents collatéraux.

448. Les parents de l'une ou de l'autre des parties qui ont contracté mariage, ne peuvent, à la vérité, tant que les deux parties vivent, attaquer la validité de leur mariage, n'ayant alors aucun intérêt né qui puisse les y rendre recevables; mais après la mort de l'une des parties, les parents, même collatéraux de cette partie, sont recevables à attaquer le mariage, incidemment à quelque contestation sur quelque intérêt temporel.

Par exemple, les parents de la partie décédée peuvent revendiquer sa succession contre les enfants, en soutenant qu'ils ne sont pas habiles à succéder, et en leur formant, pour cet effet, la contestation sur la validité du mariage dont ils sont nés.

Pareillement, lorsqu'il n'y a pas d'enfant, les héritiers collatéraux du mari prédécédé, contre lesquels la veuve demande le paiement de son douaire et de ses conventions matrimoniales, peuvent s'en défendre, en formant à la veuve la contestation sur la validité de son mariage. Au reste, ils ne peuvent attaquer le mariage que pour des vices absolus, et non pour des vices respectifs, tels que la séduction, le défaut de consentement des père et mère, etc. Et même à l'égard des vices absolus qui pourroient se rencontrer dans le mariage, quoiqu'absolument parlant, les parents collatéraux de l'une des parties décédée aient le droit de les opposer en interjetant appel comme d'abus de son mariage, et qu'il y ait plusieurs exemples où ils y ont été reçus, néanmoins ils n'y sont reçus que difficilement. C'est ce que nous apprenons de M. d'Aguesseau, dans son plaidoyer en la cause des enfants de Jérôme Billon, qui est le onzième au second tome de ses œuvres : « Si l'on excepte, dit ce grand magistrat, » certains » défauts essentiels qui forment des nullités que le temps ne » peut jamais couvrir; certaines circonstances où la considé- » ration du bien public, toujours plus forte que celle de l'in- » térêt particulier, semble se joindre aux collatéraux, pour » s'élever contre un mariage odieux; il est difficile qu'ils puis- » sent détruire toutes les fins de non-recevoir qu'on leur op-

»pose (de la part des enfants dont ils contestent l'état); le »silence des père et mère et des contractants mêmes, l'union »de leur mariage, la possession paisible de leur état, etc. ». Suivant ces principes, des collatéraux, par arrêt du 27 avril 1638, rapporté par Bardet, furent mis hors de cour, sur l'appel comme d'abus d'un mariage auquel ils opposoient l'alliance du compérage que les conjoints avoient contractée auparavant. L'arrêt étoit fondé sur la bonne foi des conjoints, et sur la facilité qu'ils auroient eue d'obtenir dispense, s'ils eussent su que ce fût un empêchement.

Au reste, lorsque les circonstances rendent le mariage susceptible d'être attaqué par les parents collatéraux de l'une des parties, on ne peut leur opposer comme fins de non-recevoir, qu'ils ont paru donner quelque signe d'approbation de son mariage. Par exemple, la veuve à qui ils forment contestation sur la validité de son mariage, ne peut pas les y prétendre non-recevables, sur le prétexte que du vivant de leur parent, elle a reçu d'eux des lettres par lesquelles ils la traitoient de leur COUSINE. L'approbation donnée à un acte, ne rend non-recevable à l'attaquer, que lorsqu'elle a été donnée dans un temps où le droit de l'attaquer étoit ouvert; on est censé en ce cas renoncer à son droit : mais en ce cas-ci, les parents collatéraux n'ayant eu aucun droit de critiquer, ni même d'examiner le mariage de leur parent de son vivant, les signes d'approbation qu'ils paroissent y avoir alors donnés, ne peuvent opérer contre eux aucune fin de non-recevoir pour l'attaquer après sa mort. C'est ce que nous apprenons du plaidoyer de M. Lenain, avocat-général, sur les conclusions duquel fut rendu un arrêt du 1er août 1707, qui n'eut aucun égard à ces fins de non-recevoir. L'arrêt est rapporté au sixième tome du Journal des Audiences.

### §. V. Des autres personnes qui ont intérêt à faire déclarer le mariage nul.

449. Toutes les personnes qui ont un intérêt né pour faire déclarer nul un mariage, sont recevables à l'attaquer par la voie de l'appel comme d'abus. Supposons, par exemple, qu'un homme, du vivant d'une première femme, en a épousé une seconde, et que s'étant lassé d'elle, il est retourné avec la première. La seconde femme a un grand intérêt de faire déclarer nul le mariage fait avec la première, puisque sans cela, le sien qui a été fait du vivant de la première, ne peut

pas être valable. Elle doit donc être reçue à l'attaquer par la voie de l'appel comme d'abus, pourvu que ce soit pour des nullités absolues; et elle ne seroit pas recevable à proposer des nullités respectives.

Il en est de même des enfants de la seconde femme.

### §. VI. Du curé des parties.

450. Le curé des parties ne peut pas attaquer le mariage de ses paroissiens, qui a été célébré sans sa permission par un prêtre étranger, sous prétexte qu'on a donné atteinte à ses droits. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 29 décembre 1693, rapporté au cinquième tome des Mémoires du clergé, qui déclara le curé de Rethel non-recevable en l'appel comme d'abus qu'il avoit interjeté du mariage de ses paroissiens, célébré à Paris sans sa permission, et renvoya les parties contractantes par-devant le diocésain, pour recevoir pénitence, et procéder à la célébration de leur mariage, si faire se doit. La raison est que les curés n'ont de juridiction que dans le for pénitenciel; ils n'ont aucune juridiction extérieure. En mariant leurs paroissiens, ils n'exercent aucun droit de juridiction sur eux : ils ne peuvent donc pas prétendre que ces paroissiens ont donné atteinte à leurs droits en se mariant ailleurs : c'est au ministère public à se plaindre de cette infraction à la loi, comme nous le verrons au paragraphe suivant.

Par la même raison, un curé n'est pas recevable à former opposition à un mariage que des personnes qu'il prétend être ses paroissiens, se proposent de célébrer dans une autre paroisse où ils font publier leurs bans n'ayant aucun titre ni qualité pour s'opposer à la célébration d'un mariage.

### §. VII. De la partie publique.

451. Les officiers qui sont chargés du ministère public, tels que sont les procureurs du roi dans les siéges royaux, et les procureurs-fiscaux dans les justices des seigneurs, ne doivent pas faire de recherches de quelque nullité ignorée du public, qui pourroit se rencontrer dans un mariage, pour attaquer ce mariage dont personne ne se plaint.

Mais lorsque le vice d'un mariage est public, et qu'il cause un scandale public, l'officier chargé du ministère public,

étant chargé du maintien de la police et du bon ordre, et par conséquent d'arrêter les scandales qui le troublent, doit en ce cas poursuivre les parties devant le juge séculier, pour les contraindre à se séparer. Il doit même quelquefois les poursuivre extraordinairement par la voie de la plainte, pour la réparation du scandale qu'elles ont causé. On peut apporter pour exemple d'un mariage scandaleux, celui qu'un homme marié auroit, du vivant de sa femme, et dans le lieu où elle demeure, et où elle est connue, contracté avec une autre femme.

Le maintien du bon ordre étant confié à la puissance séculière, c'est dans les tribunaux séculiers que ceux qui ont contracté un mariage nul et scandaleux, doivent être poursuivis à la requête des procureurs du roi ou fiscaux, pour être contraints à se séparer. Il y auroit abus, s'ils étoient, pour cet effet, poursuivis à l'officialité par le promoteur. Nos rois ont, à la vérité, attribué aux juges d'église la connoissance des causes de mariage. Cela les rend compétents pour celles qui sont portées devant eux par l'une des parties, dans lesquelles il s'agit uniquement de juger si le mariage a été valablement contracté, ou non : mais lorsqu'il est question de réprimer le scandale que causent des personnes qui ont contracté un mariage ouvertement contraire à l'honnêteté publique et aux lois, et qui osent vivre en conséquence publiquement comme mari et femme, les juges d'église ne peuvent être compétents; ce n'est qu'à la puissance séculière qu'appartient le maintien du bon ordre, et le pouvoir de réprimer tout ce qui peut le blesser. C'est sur ces principes qu'est fondé l'arrêt du 16 février 1673, rendu sur les conclusions de M. Talon. Dans l'espèce de cet arrêt, qui est rapporté au Journal des Audiences, *tome 3, livre 7*, le promoteur en l'officialité de la Rochelle avoit assigné devant l'official un nommé Engaigné et sa femme, pour voir déclarer nul leur mariage, qui avoit été célébré par un prêtre étranger dans une chapelle domestique. L'official avoit déclaré nul le mariage. Sur l'appel comme d'abus interjeté, tant de la sentence que de toute la procédure, la cour dit qu'il avoit été abusivement procédé; et faisant droit sur les conclusions du procureur-général, enjoignit aux parties de se retirer devant l'évêque, pour que ce prélat, après leur avoir imposé une pénitence, fît procéder de nouveau à la célébration de leur mariage; et cependant défense de se fréquenter.

Depuis, le roi, par sa déclaration du 15 juin 1697, a attribué aux promoteurs des officialités le droit, dans un certain cas particulier, d'assigner les parties qui ont contracté un mariage nul, pour la réhabilitation de leur mariage, lorsque le procureur du roi n'agit pas. Voici les termes de cette déclaration : « Enjoignons à nos cours de parlement, et autres nos juges.... lorsqu'ils jugeront des causes » ou procès dans lesquels il s'agira de mariages célébrés pardevant des prêtres autres que les propres curés des contractants, sans en avoir obtenu les dispenses nécessaires ; et » même sur les poursuites que nos procureurs en pourront » faire d'office dans la première année de la célébration desdits prétendus mariages, d'obliger ceux qui prétendent avoir » contracté des mariages de cette manière, de se retirer par-devant leur archevêque ou évêque, pour les réhabiliter selon les formes prescrites par les saints canons et par nos » ordonnances, après avoir accompli la pénitence salutaire » qui leur sera par eux imposée, telle qu'ils l'estimeront à » propos. Permettons aussi aux promoteurs desdits archevêques ou évêques, lorsque nos procureurs, ou des parties » intéressées ne feront aucunes poursuites pardevant nos » juges, de faire assigner devant lesdits archevêques ou évêques, dans le terme ci-dessus, et après en avoir obtenu » d'eux une permission expresse, les personnes qui demeurent et vivent ensemble, et qui n'ont point été mariées par » les curés des paroisses dans lesquelles elles demeurent, et » qui n'ont point obtenu dispense pour être mariées par d'autres prêtres, aux fins de représenter auxdits prélats, dans » un temps convenable, les actes de célébration de leurs mariages. Voulons qu'en cas que les archevêques et évêques » trouvent que lesdits mariages n'aient pas été célébrés par » les propres curés des contractants, et qu'il n'y ait d'ailleurs » aucun autre empêchement, ils puissent leur enjoindre de les » réhabiliter, selon les formes prescrites par les saints canons » et par nos ordonnances, après avoir accompli la pénitence, » etc. » Ensuite il est enjoint aux juges, sur l'avis qui leur aura été donné par les évêques, de contraindre par des condamnations d'amendes, les parties à se séparer, faute par elles d'obéir aux ordonnances des évêques.

Observez qu'aux termes de cette déclaration, afin que le promoteur puisse assigner les parties pour la représentation

de l'acte de célébration de leur mariage, il faut que plusieurs choses concourent. 1° Il faut qu'il s'agisse d'un mariage célébré par un prêtre étranger, sans la permission de l'évêque ou du curé. 2° Il faut que les parties contractantes ne soient pas déjà traduites devant le juge royal, soit à la requête du procureur du roi, pour représenter leur acte de célébration ; soit à la requête de quelque partie intéressée, *putà*, des père et mère, qui y auroient formé une accusation en crime de rapt contre l'une des parties : c'est ce qui résulte de ces termes, *lorsque nos procureurs, ou des parties intéressées ne feront aucunes poursuites par-devant nos juges*. 3° Il faut que ce soit dans l'année de la célébration du prétendu mariage que le promoteur donne cette assignation : c'est ce qui résulte de ces termes : *Permettons aussi aux promoteurs.... dans le terme ci-dessus*. La raison est qu'après l'année de la célébration, la mémoire de l'irrégularité de la célébration du mariage est censée s'être effacée dans le public; et par conséquent cette irrégularité n'est plus un vice public qui offense le public : d'où il suit que le procureur du roi, qui ne peut inquiéter les parties qui ont contracté un mariage dont personne ne se plaint, que pour des vices de leur mariage qui seroient publics, et qui offensent le public, ne peut plus, après l'année, assigner les parties pour cette irrégularité ; et par la même raison, le promoteur, qui ne fait que suppléer le procureur du roi, ne le peut plus après ce temps. 4° Enfin il faut, pour que le promoteur puisse assigner les parties, qu'il en ait la permission de l'évêque, permission qui se met au bas de la requête qu'il lui présente pour cet effet.

Si les parties qui ont fait célébrer leur mariage par un prêtre étranger, peuvent être poursuivies pour rapporter l'acte de célébration de leur mariage, à plus forte raison le procureur du Roi, sur-tout lorsque l'évêque lui en a donné avis, doit poursuivre celles qui, sans aucune célébration en face d'église, se font passer publiquement pour mari et femme : le juge royal doit en ce cas, sur la demande du procureur du roi, enjoindre aux parties, sous la commination de punition exemplaire, de se séparer jusqu'à la célébration de leur mariage en face d'église, et les renvoyer à cet effet devant l'évêque, pour leur imposer pénitence.

### ARTICLE II.

Par quelles voies, et devant quels juges la cassation d'un mariage peut-elle être demandée.

Nous distinguerons à cet égard trois cas.

### PREMIER CAS.

452. Lorsque c'est l'une des parties qui ont contracté le mariage, qui veut en poursuivre contre l'autre la cassation, elle a pour cet effet deux voies, l'une ordinaire, l'autre extraordinaire.

La voie ordinaire est l'assignation que la partie qui demande la cassation de son mariage, doit donner à l'autre devant l'official, pour en voir prononcer la nullité.

Quoique le mariage soit principalement un contrat civil, qu'il appartienne, de même que tous les autres contrats, à l'ordre politique, et qu'en conséquence il soit soumis à la puissance séculière, néanmoins comme, en tant qu'il est élevé à la dignité de sacrement, il renferme aussi quelque chose de spirituel, nos rois ont bien voulu permettre et attribuer aux juges d'église la connoissance des causes qui concernent les mariages, à la charge par eux de se conformer aux ordonnances.

L'édit du mois de décembre 1606 est formel. Il y est dit, *art.* 12 : « Nous voulons que les causes concernant les mariages, soient et appartiennent à la connoissance et juridiction des juges d'église, à la charge qu'ils seront tenus de garder les ordonnances », etc. ; ce qui est confirmé par l'édit de 1695, *art.* 34, qui porte : « La connoissance des causes qui concernent les sacrements appartiendra aux juges d'église : enjoignons à nos officiers, même à nos cours de parlement, de leur en laisser, et même de leur en renvoyer la connoissance, sans prendre aucune juridiction ni connoissance des affaires de cette nature, si ce n'est qu'il y eût appel comme d'abus interjeté de quelque jugement, ordonnance ou procédure faite par le juge d'église, ou qu'il s'agisse d'une succession, ou autres effets civils, à l'occasion desquels on traiteroit de l'état des personnes décédées, ou de celui de leurs enfants. »

Le juge d'église n'est compétent que pour statuer sur la validité ou l'invalidité du mariage. Si une des parties prétend contre l'autre des dommages et intérêts, le juge d'église ne peut, sans abus, en connoître. Il doit en ce cas, après avoir statué sur la validité ou l'invalidité du mariage, renvoyer, pour les dommages et intérêts, les parties devant le juge séculier.

Pareillement, lorsque la question n'est pas de savoir si un mariage a été valablement contracté ou non, et qu'elle ne concerne que le fait; comme si, dans le cas où les registres d'une paroisse étant perdus, l'une des parties soutient qu'il a été célébré un mariage entre elle et l'autre partie qui en disconvient, la cause n'est pas de la compétence de l'official, qui n'est juge que de la validité ou de l'invalidité des mariages; elle est de celle du juge séculier, parce qu'en ce cas il s'agit, *non de jure, sed de quasi possessorio matrimonii.* C'est ce qu'enseignoit M. Talon, dans un plaidoyer sur une cause jugée par arrêt du 10 juin 1636, rapporté par Bardet.

Les juges d'église, auxquels nos rois ont attribué la connoissance des causes des mariages, sont les officiaux; il y auroit abus si l'évêque en prenoit connoissance par lui-même. En général, selon nos mœurs, les évêques ne peuvent exercer par eux-mêmes la juridiction contentieuse dont ils sont censés s'être démis en la personne de leurs officiaux.

453. La voie extraordinaire est l'appel comme d'abus que la partie peut interjeter en la grand'chambre du parlement, (à qui la connoissance de l'abus est attribuée, par les ordonnances du royaume) des jugements, ordonnances, ou procédures faits par le juge d'église sur ce sujet, lorsqu'il s'y trouve quelque chose de contraire aux ordonnances ou aux canons. On peut aussi interjeter appel comme d'abus de la célébration du mariage, lorsqu'on prétend qu'il a été célébré contre les lois ou les canons.

SECOND CAS.

454. Lorsque c'est un père, une mère ou un tuteur qui veut attaquer le mariage que son mineur a contracté sans son consentement, ces personnes ont pour cela la voie d'appel comme d'abus de la célébration du mariage faite sans leur consentement, qui est une contravention aux ordonnances: c'est aussi par cette voie que le roi peut faire prononcer la

nullité d'un mariage qu'un prince de son sang auroit contracté sans son consentement.

TROISIÈME CAS.

455. Lorsque ce sont les parents de l'une des parties, qui attaquent, après sa mort, son mariage, pour exclure les enfants qui en sont nés, de la succession, ou la veuve, de son douaire et de ses conventions matrimoniales, il est évident que la question ne peut plus être portée devant le juge d'église; car il ne peut être compétent que pour juger du lien du mariage, dont il ne peut plus être question après la mort de l'une des parties. N'étant plus question entre les parties que d'intérêts temporels, il n'y a que le juge séculier qui puisse être compétent; c'est pourquoi l'affaire, en ce cas, doit se porter au parlement, par la voie d'appel comme d'abus. C'est ce qui résulte de ces termes qui sont à la fin de l'article 34 de l'édit de 1695, *ou qu'il s'agisse d'une succession.*

ARTICLE III.

De l'office du juge dans les causes de cassation de mariages, et des jugements qui se rendent sur cette matière.

456. Le lien du mariage étant un lien sacré que Dieu forme lui-même entre les parties qui contractent un mariage valable, et que les parties ne peuvent rompre par leur consentement mutuel, l'acquiescement que la partie assignée pour voir prononcer la nullité du mariage, donneroit à la demande, ne doit pas dispenser le juge d'entrer dans un scrupuleux examen des preuves de l'empêchement dirimant qu'on prétend avoir empêché la valité du mariage; et ce n'est qu'après que cet empêchement aura été pleinement justifié par des preuves ou littérales ou testimoniales, qu'il peut prononcer la nullité du mariage.

457. Il y a certaines espèces d'empêchements dont on n'admet ordinairement que la preuve littérale; tels que sont ceux qui résultent des ordres sacrés, de la profession religieuse, de la parenté, de l'affinité, d'un autre mariage qui subsistoit lorsqu'a été contracté celui dont on demande la nullité. La preuve de ces espèces d'empêchements doit se faire par le registre des ordinations, par celui des professions, par celui

des baptêmes, sépultures, et mariages; néanmoins lorsque ces registres sont perdus, on peut y suppléer par la preuve testimoniale.

La déclaration de la partie, quand même elle offriroit de la confirmer par serment, même avec le concours du bruit public, n'est pas une preuve suffisante de l'empêchement dirimant. C'est la disposition du chap. *Super eo, ext. de eo qui cogn. etc.* où Célestin III décide qu'on ne doit pas prononcer la nullité d'un mariage, sur ce que le mari déclare avoir eu avant son mariage un commerce charnel avec la sœur de sa femme, d'où il a résulté une affinité charnelle qui a formé un empêchement dirimant de leur mariage; parce que, dit le pape, on ne doit pas le croire à sa déclaration, quand même il offriroit de la confirmer par serment, et que le bruit public de ce commerce concourroit; autrement, dit-il, il arriveroit souvent que des parties, lorsqu'elles s'ennuieroient de leur mariage, s'accuseroient faussement de pareils commerces, pour faire casser un mariage valablement contracté.

458. Lorsque la nullité du mariage est demandée pour cause d'impuissance de l'une des parties, le juge, pour en avoir la preuve, ordonne que la partie qu'on dit impuissante sera visitée par des chirurgiens ou par des matrônes.

Autrefois on ordonnoit la preuve par le congrès : mais la cour, par son arrêt de réglement du 18 février 1677, a défendu cette espèce de preuve, qui étoit aussi équivoque qu'indécente et contraire à la pudeur.

Il suffit aujourd'hui qu'il résulte de la visite, que les parties extérieures sont bien conformées, pour que la personne ne soit pas réputée impuissante.

Si la partie soutenoit que le vice d'impuissance ne lui est survenu que depuis le mariage, et qu'en conséquence le mariage est valable, ce seroit à elle à le prouver, suivant la règle de droit : *Ei incumbit probatio qui dicit;* l. 2, ff. *de probat.*

Par le droit des décrétales, la déclaration que les deux parties, après une cohabitation de trois ans, font avec serment sur les saints évangiles, qu'elles n'ont pu pendant ce temps avoir commerce ensemble, lorsqu'elle est soutenue par quelques indices extérieurs de défaut de virilité, peut passer pour une preuve suffisante de l'empêchement d'impuissance sur

lequel on fonde la nullité du mariage. Nous ne suivons pas la disposition de cette décrétale.

459. Lorsque sur la demande de l'une des parties qui ont contracté mariage, l'official déclaroit nul leur mariage pour cause d'un défaut de forme, *putà*, du défaut de bénédiction nuptiale, ou du défaut de présence du propre curé, ou pour quelque autre empêchement dont on ne peut avoir facilement dispense, il avoit coutume autrefois, en prononçant la nullité du mariage, d'ordonner que les parties seroient tenues de le réhabiliter, et de se pourvoir, s'il en étoit besoin, pour obtenir les dispenses nécessaires.

Ces injonctions que les officiaux faisoient aux parties de réhabiliter leur mariage, ont été déclarées abusives par les arrêts des parlements. Goart, en son *Traité des Bénéfices*, *tome 7, page* 265, *édit. de* 1765, en cite un du 11 mars 1710, qui est aussi cité par d'autres auteurs. Nos rois, en attribuant aux juges d'église la connoissance des mariages, ne les ont établis juges que de la validité ou de l'invalidité des mariages. Leur pouvoir se borne donc à juger que le mariage est ou n'est pas valablement contracté; ils excèdent ce pouvoir lorsqu'ils ordonnent autre chose. Lorsque c'est au parlement que la cause, sur le vice d'un mariage celébré par un prêtre étranger, est portée sur un appel comme d'abus, le parlement, en prononçant la nullité du mariage, ordonne que les parties se pourvoiront devant l'évêque pour le réhabiliter, suivant la déclaration du 15 juin 1697, rapporté *suprà. n.* 451.

460. Par un arrêt de réglement du 20 mars 1687, rapporté par Augeard, il est fait défense à tous les officiaux du ressort, de prononcer en matière de mariage, que leur sentence sera exécutée nonobstant l'appel.

461. Il nous reste à observer une chose qui est particulière aux jugements qui se rendent en cette matière. Un jugement dans toute autre matière, lorsqu'il a passé en force de chose jugée, ne peut plus se rétracter par des preuves survenues depuis le jugement, qu'on offriroit de faire de l'erreur dans laquelle le juge est tombé, comme nous l'avons vu en notre Traité des Obligations, *part.* 4, *chap.* 3, *sect.* 3. Au contraire, les jugements en cette matière ont cela de particulier, que si un mariage a été déclaré nul pour un empêchement dirimant qui a paru alors au juge suffisamment justifié, ce

jugement peut être rétracté par de nouvelles preuves survenues depuis, qui établissent que l'empêchement ne subsistoit pas; et les parties doivent, nonobstant ce jugement, être condamnées à retourner ensemble; *cap. lator ext. de sent. et de judic.*

Conformément à ces principes, un nommé Jourdain ayant laissé rendre contre lui un arrêt par défaut sur les conclusions des gens du roi, qui déclaroit nul son mariage pour cause de prétendue impuissance, lequel arrêt lui avoit été signifié à sa personne; sa femme s'étant en conséquence mariée depuis à un autre homme, sur l'appel comme d'abus que le premier mari interjeta du mariage de sa femme avec un autre, comme fait au préjudice d'un premier mariage subsistant, il fut, nonobstant l'arrêt rendu contre lui, qui avoit déclaré nul son mariage, reçu à en justifier la légitimité, et il fit en conséquence déclarer nul celui que sa femme avoit contracté avec un autre homme, par arrêt du 30 décembre 1700, rapporté au 5e tome du Journal des Audiences.

---

# CHAPITRE II.

## De la dissolution du mariage.

462. Le mariage ne se dissout que par la mort naturelle de l'un des conjoints : tant qu'ils vivent l'un et l'eutre, il est indissoluble.

Néanmoins le droit romain réputoit le mariage dissous par le divorce, et pareillement par l'esclavage de l'un des conjoints. Nous en traiterons dans un premier article. Nous verrons, dans un second article, si la profession religieuse de l'un des conjoints rompt le mariage; dans un troisième, si l'adultère le rompt; enfin, dans un quatrième, si le mariage contracté entre deux infidèles peut être rompu, lorsque l'un des conjoints s'est converti à la foi chrétienne, et que l'autre demeure dans l'infidélité.

### ARTICLE PREMIER.

#### Du divorce, et de l'esclavage.

##### §. I. Du divorce.

463. Par le droit romain, le mariage ne pouvoit pas à la vérité se dissoudre par le seul consentement des parties; mais

sous les empereurs chrétiens même, il étoit, dans le for extérieur, censé dissous par un divorce célébré dans la forme légale. C'est ce que nous disent les empereurs Théodose et Valentinien : *Consensu licita matrimonia posse contrahi, contracta nonnisi misso repudio dissolvi præcipimus : solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse favor imperat liberorum;* l. 8, *cod. de repud.*

Justinien, dans ses pandectes, adopte pour loi un texte de Paul, qui met le divorce au nombre des manières dont se dissout le mariage : *Dirimitur matrimonium* DIVORTIO, *morte, captivitate, vel aliâ contingente servitute utrius eorum;* l. 1, ff. *de divort.*

Quoique le divorce soit condamné par l'évangile, les empereurs chrétiens, par des raisons de politique, ne l'avoient pas aboli, et ils s'étoient bornés à en restreindre la liberté : sur quoi on peut voir la loi 8, §. 1, 2, 3, 4, 5, *cod. de repud.*, et la novelle 117.

464. Quoique le divorce fût permis alors par les lois séculières, et qu'en conséquence, après un divorce célébré dans la forme légale, chacune des parties pût, dans le for extérieur, passer du vivant de l'autre à un autre mariage, néanmoins, l'église regardoit le divorce comme défendu par l'évangile, et comme incapable de rompre le lien du mariage : en conséquence elle regardoit comme un adultère, plutôt que comme un mariage, celui que l'une des parties contractoit après le divorce, du vivant de l'autre, avec un autre personne; et quoiqu'il fût réputé valable dans le for extérieur, elle retranchoit de sa communion les parties qui l'avoient contracté, jusqu'à ce qu'elles se séparassent; et elles les soumettoient à la pénitence à laquelle étoient assujettis par les canons les adultères. Elle regardoit même la partie qui avoit fait le divorce, comme coupable devant Dieu de l'adultère que commettoit l'autre partie en se remariant, parce qu'elle y avoit donné occasion en la répudiant : *Dimittis uxorem*, dit S. Ambroise sur S. Luc, *lib.* 8, *n.* 5, *quasi jure sinè crimine, et putas id tibi licere, quia lex humana non prohibet, sed divina prohibet : qui hominibus obsequeris, Deum verere; audi legem domini, cui obsequuntur etiam qui leges ferunt : Quæ Deus conjunxit, homo non separet.* Au nombre 6, il ajoute : *Si* ( repudiata ) *nubat, necessitatis illius tuum crimen est, et conjugium quod putas, adulterium est.*

Le pape Innocent 1, dans sa lettre décrétale à Exupère, évêque de Toulouse, *cap.* 6, dit : *De his etiam requisivit dilectio tua, qui interveniente repudio, alii se matrimonio copulantur, quos in utrâque parte adulteros esse manifestum est, qui viro vel uxore vivente, quamvis dissociatum* (par un divorce légal) *videtur esse conjugium, ad aliam copulam festinârunt, neque possunt adulteri non videri; in tantum ut hæ personæ quibus tales conjuncti sunt, etiam ipsæ adulterium commisisse videantur, secundùm illud quod legimus in evangelio, qui dimiserit uxorem suam, et duxerit aliam, mœchatur; qui dimissam duxerit uxorem, mœchatur : ideò omnes à communione fidelium abstinendos.* C'est la troisième des lettres de ce pape, au second tome des conciles du père Labbe, *page* 1254.

Remarquez que quoique ces mariages fussent alors permis par la loi civile, et dans le for extérieur, le pape veut que ceux qui les contractent, soient retranchés de la communion des fidèles.

465. Dans les états protestants, le divorce est encore permis pour de certaines causes, et en observant certaines formalités; *Voyez le code Frédéric, p.* 1, *l.* 2, *t.* 3, *§.* 3, *ch.* 35.

466. Le divorce n'est pas admis dans notre droit, pour quelque cause que ce soit; nous n'admettons que la séparation d'habitation, dont nous traiterons au chapitre troisième.

### §. II. De l'esclavage.

467. Suivant le droit romain, le mariage étoit rompu lorsque l'un des conjoints devenoit esclave : *Dirimitur matrimonium captivitate, vel aliâ contingente servitute utrius eorum;* l. 1, ff. *de divort.*

Quoique la captivité de celui qui étoit tombé en la puissance des ennemis, fût alors un véritable esclavage, qui, en lui faisant perdre tout son état civil, rompoit son mariage, néanmoins la faveur du droit qu'on appeloit *Juspostliminii,* loi qui rétablissoit le captif, lors de son retour, dans tous ses droits, aussi parfaitement que s'il ne les eût jamais perdus, empêchoit sa femme de pouvoir se remarier, tant qu'on le savoit vivant, et qu'il y avoit lieu par conséquent d'espérer son retour. Dans le cas auquel il étoit incertain s'il étoit en vie, la femme, pour pouvoir se marier, devoit attendre qu'il se fût écoulé cinq ans depuis la captivité.

C'est ce que nous apprenons de la loi 6, ff. *de divort.*, où

il est dit : *Uxores eorum qui in hostium potestatem pervenerunt, possunt videri nuptarum locum retinere, eo solo quòd alii temerè nubere non possunt : et generaliter definiendum est donec certum est maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores migrare ad aliud matrimonium.... Si autem in incerto est an vivus apud hostes teneatur, vel morte prœventus; tunc, si quinquennium à tempore captivitatis excesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias.*

La même chose s'observoit à l'égard du mari, lorsque c'étoit la femme qui étoit tombée en la puissance des ennemis. *Eodem jure et in marito in civitate degente et uxore captivâ observando;* d. l. 6.

Tout autre esclavage de l'un des conjoints, donnoit à l'autre incontinent la faculté de passer à un autre mariage.

Tout ceci n'avoit lieu que dans le for extérieur. Devant Dieu, le lien du mariage ne peut se dissoudre que par la mort naturelle de l'un des conjoints.

L'esclavage étant aboli en France, tout ce qui a été dans dit dans ce paragraphe, ne peut recevoir dans notre droit aucune application.

## ARTICLE II.

### De la profession religieuse.

Nous établirons dans un premier paragraphe, le principe de l'insuffisance de la profession religieuse pour rompre le lien du mariage. Dans un second, nous exposerons l'exception que le droit des décrétales et le concile de Trente ont fait à ce principe, à l'égard des mariages qui, quoique parfaits, n'ont pas encore été consommés par le commerce charnel.

### §. I. De l'insuffisance de la profession religieuse pour rompre le lien du mariage.

468. L'empereur Justinien, par sa novelle 21, *cap.* 5. avoit permis le divorce à celui des deux conjoints par mariage, qui vouloit embrasser la profession religieuse. Il ne pensoit pas que ce fût en ce cas permettre à l'homme de séparer ce que Dieu avoit uni. Il croyoit que ce n'étoit pas l'homme, mais Dieu lui-même qui, en inspirant à cette partie le dessein d'embrasser un état plus parfait, et de se consacrer à lui en-

tièrement par la profession religieuse, rompoit le lien du mariage qu'il avoit formé.

Le pape S. Grégoire s'est élevé avec force contre cette loi : il ne craint pas de dire qu'elle est contraire à la parole de Dieu, et qu'elle ne peut en conséquence être suivie dans le for de la conscience. Voici comme il s'en explique dans sa lettre à Théotista, qui est la 39[e] du livre IX[e] : *Si dicunt*, dit-il, *Religionis causâ conjugia debere dissolvi, sciendum est quia etsi hoc lex humana concessit*, ( Il entend parler de la novelle de Justinien ci-dessus citée. ) *lex divina prohibuit; per se enim veritas dicit : Quod Deus conjunxit, homo non separet. Quæ etiam ait : Non licet dimittere uxorem, exceptâ causâ fornicationis. Quis huic cœlesti legislatori contradicat? Scimus quia scriptum : Erunt duo in carne unâ. Si ergo vir et uxor una caro sunt, et religionis causâ vir dimittit uxorem, vel mulier virum in hoc mundo remanentem, vel etiam fortassè ad illicita vota migrantem, quæ est ista migratio vel conversio, in quâ una eademque caro et ex parte transit ad continentiam, et ex parte remanet in pollutione?*

Il enseigne la même chose dans la 44[e] de ses lettres du même livre, par laquelle, sur la plainte qu'une femme lui avoit faite que son mari l'avoit quittée pour se faire moine, ce pape ordonne qu'après information faite, on le rende à sa femme : *Etiamsi jam tonsuratus est, quia etsi mundana lex præcipit conversionis gratiâ utrolibet invito posse solvi conjugia, divina hoc tamen lex fieri non permittit... quia, postquàm copulatione conjugii viri atque mulieris unum corpus efficitur, non potest ex parte converti, et ex parte in seculo remanere.*

Les deux parties peuvent bien, d'un commun consentement, le lien du mariage subsistant, se séparer pour embrasser l'état de continence : mais il ne suffit pas que l'une des parties ait, pour l'embrasser, la permission de l'autre partie; il faut que celle-ci l'embrasse pareillement ; *quia*, dit ce pape, *postquàm copulatione.... unum corpus efficitur, non potest ex parte converti, et ex parte in seculo remanere.*

469. S. Augustin avoit pareillement enseigné avant S. Grégoire, que l'un des conjoints par mariage ne pouvoit garder un vœu de continence qu'il avoit fait, si l'autre conjoint n'étoit résolu d'en faire autant. C'est ce que nous trouvons dans sa lettre à Armentarius, qui est la 227[e]. *Una sola causa esset*, lui dit-il, *quâ te quod vovisti non solùm non hortaremur, sed prohiberemus implere; si tua conjux hoc tecum suscipere animi*

*seu carnis infirmitate recusaret..... Vovenda talia non sunt à conjugibus, nisi ex consensu et voluntate communi.*

Ensuite il ajoute : *Sed quum jam paratam esse audiam Deo dicare continentiam, ut eo solo impediatur, si tibi debitum reddere jure conjugali compellatur, ambo Deo reddite quod Deo vovistis.*

Ce père enseigne la même chose dans sa lettre à Ectiditia, qui est la 199e, et ailleurs.

470. Nous trouvons la même doctrine dans les lettres du pape Nicolas I, qui étoit assis sur le saint Siége, vers le milieu du neuvième siècle. Ce pape, dans sa lettre à la reine Theutberge, femme du roi Lothaire, qui est la 48e de ses lettres. au tome 8 des conciles du père Labbe, *p.* 427, lui écrit qu'elle ne peut pas quitter son mari pour embrasser l'état de continence, si son mari ne consent sérieusement de l'embrasser pareillement. *Si amore pudicitiæ solutionem matrimonii quæris, hanc tibi nullo pacto noveris tribuendam, nisi vir tuus eamdem pudicitiam non fictè sectatus extiterit; denique ut cum B. Gregorio dicatur : Si continentiam quam vir uxoris non sequitur, aut quam uxor appetit, vir recusat, dividi conjugium non licet.*

Il dit la même chose dans sa lettre au roi Lothaire, qui est la 51e. Si votre femme Theutberge, lui dit-il, *amore pudicitiæ, separationem quærit.... certum est quoniam mulier potestatem corporis sui non habet.... verùm si et ipse pudicitiam sectatus Religionis obtentu copulam dissolvere vis, tantùm ne simulatè fiat, concedimus : nam licèt scriptum sit, Quod Deus conjunxit, homo non separet; Deus tamen et non homo separat, quandò divini amoris intuitu ex consensu utriusque conjugis matrimonia dissolvuntur. Si ergo hoc modo vis, nos grato permittimus animo, celeremque præbemus assensum; aliter autem fieri mutuam vestram separationem prohibemus.*

471. Il paroît aussi que cette séparation des personnes mariées, pour embrasser la continence, devoit se faire avec l'autorité et le conseil de l'évêque. C'est ce que nous trouvons dans les canons des prêtres de Northumberland, qui sont du dixième siècle, et qui sont rapportés au 9e tome des conciles, *p.* 726 *et seq.* Il est dit au canon 34 : *Unusquisque justè teneat matrimonium suum dùm uxor vixerit, nisi fortè acciderit quòd consilio episcopi separentur, ut divisim posteà vivant in castitate.*

472. Il est tellement nécessaire, pour que la séparation soit valable, que l'un et l'autre des conjoints fassent vœu et profession de continence, que si l'un des conjoints, *putà* l'homme, a fait profession religieuse, quoiqu'avec le consentement de sa femme; si sa femme n'en a pas fait autant, sa profession est nulle, et il doit retourner avec elle. C'est ce que décide le pape Alexandre III : *Utrùm laicus uxoratus qui præsentibus sacerdotibus et monachis.... de licentiâ et permissione uxoris monasterium ingressus professionem fecit, uxore in seculo remanente.... possit ad thorum revocari uxoris.... dicimus quòd nisi uxor ad religionem transeat, aut perpetuò castitatem servare promiserit, vir potest et debet de monasterio revocari;* cap. 1° *Ext. de convers. conjug.*

Il ne suffiroit pas même, pour que l'un des conjoints fût admis à la profession religieuse, que l'autre, en restant dans le monde, promît et fît vœu de garder la continence; il faut que l'un et l'autre entrent en couvent, et fassent profession religieuse ; à moins que la femme de l'homme qui veut se faire religieux, ne fût d'un âge avancé, et d'une vie édifiante, qui ne permît pas d'appréhender qu'elle manquât à son vœu de continence ; auquel cas l'homme peut être admis à la profession, et la femme rester dans le monde, pourvu qu'elle fasse vœu publiquement d'y garder la continence. C'est ce qui est porté par les chapitres 4 et 8, au même titre, qui sont du même pape.

Cela doit être sur-tout permis lorsque la femme a des enfants à élever, comme dans l'espèce du chapitre 8.

473. Il en est de même à cet égard, de la promotion aux ordres sacrés, que de la profession religieuse : on ne doit pas ordonner un homme marié, si sa femme ne fait pareillement vœu de continence. C'est ce que décide Alexandre III : *Nullus conjugatorum est ad sacros ordines promovendus, nisi ab uxore continentiam profitente fuerit absolutus;* cap. 5, *ext. d. tit.*

Cela doit sur-tout avoir lieu à l'égard de la promotion à l'épiscopat. Alexandre III défend d'ordonner évêque un homme marié, si sa femme n'a fait auparavant la profession religieuse : *Prohibemus ne uxoratum præsumatis in episcopum ordinare; nisi uxor* PRIUS *professa continentiam sacrum sibi velamen imponat, et religiosam vestem assumat;* cap. 6, *ext. d. tit.*

474. Il y a un cas auquel un homme marié pourroit n'avoir pas besoin du tout du consentement de sa femme pour être

promu aux ordres sacrés, ni pour la profession religieuse; c'est celui auquel il l'auroit fait déclarer convaincue d'adultère, et condamner en conséquence à la réclusion, par un jugement qui auroit force de chose jugée : car la femme ayant perdu en ce cas le droit de demander le devoir conjugal, et de demeurer avec son mari, son consentement cesse d'être nécessaire.

C'est l'avis de Ducasse, dans son traité de la juridiction ecclésiastique, pour lequel on peut tirer argument du chap. 15, *ext. d. tit.* Dans l'espèce de cette décrétale, une femme ayant eu querelle avec son mari, l'avoit quitté, et avoit épousé un autre homme : le mari depuis s'étoit fait ordonner prêtre, et s'étoit fait ensuite moine de Cîteaux. Le pape Innocent III décide que cette femme doit quitter son second prétendu mari, avec qui elle vivoit en adultère, et qu'elle ne doit pas être reçue à redemander le premier.

Si la femme n'avoit été condamnée que par un jugement par défaut, le mari ne pourroit pas, du vivant de cette femme, être admis aux ordres sacrés, ni à la profession religieuse, même après les cinq ans, parce qu'elle peut toujours purger la contumace.

§. II. Exception que le droit des décrétales et le concile de Trente ont apportée au principe sur l'insuffisance de la profession religieuse, pour rompre le lien de mariage.

475. Le droit des décrétales a apporté une exception au principe sur l'insuffisance de la profession religieuse pour rompre le lien du mariage, par une distinction qu'il a faite entre le mariage qui, quoiqu'il ait reçu sa perfection par le consentement des deux parties, n'a pas encore été consommé par le commerce charnel, et qu'il appelle *matrimonium ratum, non consummatum*; et celui qui a été consommé par le commerce charnel, *matrimonium consummatum*. Ce n'est qu'à cette dernière espèce de mariage que le droit des décrétales donne le caractère de cette parfaite indissolubilité, qui ne peut être rompue, même par la profession religieuse. A l'égard du mariage qui est *ratum et non consummatum*, il permet à l'une des parties de le rompre pour embrasser la profession religieuse, sans qu'elle ait même besoin pour cela du consentement de l'autre partie.

C'est ce que décide le pape Alexandre III, qui occupoit le

saint Siége vers le déclin du douzième siècle, dans sa décrétale qui est au chap. 2, *ext. de convers. conjug. Post consensum legitimum de præsenti*, dit ce pape, *licitum est alteri, altero etiam repugnante, eligere monasterium, sicut sancti quidam de nuptiis vocati fuerunt, dummodò carnalis copula non intervenerit inter eos, et alteri remanenti, si commonitus continentiam servare voluerit, ad secunda vota transire.* Il en apporte cette raison : *Quia quum non fuissent una caro simul effecti, potest unus ad Deum transire, et alter in seculo remanere.*

Le même pape décide la même chose au chap. 7 du même titre. Dans l'espèce de ce chapitre, l'évêque de Véronne ayant employé l'excommunication pour contraindre une femme à retourner avec son mari, cette femme, sur l'appel, ayant allégué qu'elle avoit intention de se consacrer à Dieu par la profession religieuse, et que son mariage n'avoit pas été consommé par le commerce charnel, le pape ordonne de l'absoudre, à la charge que dans les deux mois elle exécuteroit son pieux dessein, en se faisant religieuse, ou qu'elle retourneroit avec son mari. Le pape termine cette décrétale en répondant à l'objection qu'on pourroit tirer de ce que l'évangile enseigne sur l'indissolubilité du mariage : *Sane*, dit-il, *quod Dominus in evangelio dixit, non licere viro nisi ob causam fornicationis, uxorem dimittere, intelligendum est secundùm interpretationem sacri eloquii, de his quorum matrimonium carnali copulâ est consummatum, sinè quâ consummari non potest.*

Le pape Innocent III, qui occupoit le saint Siége dans le treizième siècle, décide la même chose dans sa décrétale qui est au chap. 14 du même titre : après s'être fait l'objection de l'indissolubilité du mariage, il dit : *Nos tamen à prædecessorum vestigiis nolentes declinare, qui respondere consulti, antequàm matrimonium sit per carnalem copulam consummatum, licere alteri conjugum, altero inconsulto, ad religionem transire, ità quòd reliquus ex tunc legitimè poterit alicui copulari ; hoc ipsum tibi consulimus observandum, etc.*

Il résulte de ces termes, *nos à prædecessorum vestigiis*, qu'Alexandre III n'est pas le seul des prédécesseurs de ce pape, qui ait décidé la question de cette manière, et que d'autres l'avoient décidée de même.

476. Il paroît que ces papes avoient puisé cette distinction du *matrimonium ratum et non consummatum*, et du *matrimonium consummatum*, dans le décret de Gratien. Cet auteur, en

la cause 27, *quæs.* 2, après avoir établi par plusieurs textes, que l'un des conjoints par mariage ne pouvoit pas quitter l'autre sans son consentement, pour embrasser l'état de continence, dit qu'il en est autrement lorsque le mariage n'a pas encore été consommé par le commerce charnel, et que l'un des époux peut, en ce cas, quitter l'autre sans son consentement, pour embrasser l'état de continence. C'est ce qu'il tâche d'établir par les exemples de saint Macaire et de saint Alexis, qu'il dit s'être retirés le jour de leur mariage, à l'insçu de leur épouse, pour aller se confiner dans la solitude.

Il paroît qu'Alexandre III, en sa décrétale, *cap.* 2, *ext. de convers. conjug.*, ci-dessus rapportée, fait allusion à ces histoires, par ces termes de sa décrétale, *sicut sancti quidam de nuptiis vocati fuerunt.*

Ces histoires, qui étoient crues au temps de Gratien, et sur lesquelles cet auteur fondoit l'opinion en laquelle il étoit, qu'avant la consommation du mariage, l'un des époux pouvoit, sans le consentement de l'autre, se retirer pour embrasser la continence, ont été depuis reconnues pour apochryphes; et le savant M. Baillet, dans les vies de ces saints, ne les a pas adoptées.

477. Gratien prétend encore établir sa distinction du mariage non consommé, et du mariage consommé, par le canon 27, où il est dit : *Desponsatam puellam non licet parentibus alii viro tradere; licet tamen illi monasterium eligere.* Et par le canon 28, où il est dit : *Decreta legalia desponsatam, si converti voluerit, nullo omninò censuerunt damno mulctari.*

Gratien, qui avoit trouvé ce canon 27 dans d'autres collections, sans savoir d'où il étoit tiré, l'a attribué, sans aucun fondement, au pape Eusèbe. Il est pris du pénitenciel de Théodore de Cantorbéry, dans le septième siècle. A l'égard du canon 28, il se trouve effectivement dans une des lettres de saint Grégoire, à qui il l'attribue. Pour que ces deux canons pussent prouver quelque chose pour la distinction du mariage non consommé et du mariage consommé, il faudroit qu'il fût certain que, dans les auteurs d'où ces deux canons sont tirés, le terme *desponsatam* fût pris dans le même sens que Gratien l'entend, c'est-à-dire, pour une *mariée* dont le mariage n'a pas encore été consommé : mais il n'est rien moins que certain que ce terme y soit pris dans ce sens, pouvant y être pris pour une simple *fiancée* qui n'a encore con-

tracté que des fiançailles; ce dernier étant même le sens le plus commun et le plus obvie du terme *desponsata.*

478. On peut faire la même réponse aux autres passages des pères, qu'on a coutume d'alléguer pour autoriser la distinction du mariage *consummatum*, et de celui qu'on appelle *ratum, non consummatum,* qu'on prétend pouvoir se dissoudre par la profession religieuse de l'une des parties, sans le consentement de l'autre.

On a coutume de citer S. Augustin, au livre 8 de ses Confessions, *chap.* 6, où il raconte l'histoire de deux amis, qui, ayant été touchés de la lecture de la vie de S. Antoine, conçurent le dessein d'embrasser la vie religieuse, et l'exécutèrent aussitôt: *Ambo habebant* SPONSAS, ajoute S. Augustin, *quæ posteaquàm hoc audierint, dicaverunt etiam ipsæ virginitatem tibi.*

Pour que ce texte prouvât quelque chose, il faudroit établir que saint Augustin a entendu par le terme *sponsas*, des épouses dont le mariage, quoique déjà parfait, n'avoit pas encore été consommé; mais c'est ce qu'on ne peut établir: et il est plus naturel d'entendre ce terme *sponsas* dans sa signification la plus ordinaire, pour de simples *fiancées*; auquel cas il ne résulte rien autre chose de ce texte, sinon que l'une des parties peut, en embrassant la profession religieuse, dissoudre, sans le consentement de l'autre partie, l'engagement qui résulte de simples fiançailles; et c'est une chose dont tout le monde convient.

479. Il en est de même de la lettre de S. Grégoire-le-Grand à Fortunat et Anthème, qui est la vingtième du sixième livre de ses lettres, dans l'édition des Bénédictins, où il est dit: *Catellus præsentium lator nobis innotuit: sororem suam quæ Stephano cuidam fuerat* DESPONSATA, *divinæ propitiationis instinctu, Neapoli in monasterio fuisse conversam, atque eumdem Stephanum domum et res ejus aliquas indebitè retinere; et quia decreta legalia desponsatam, si voluerit converti, nullo censuerunt damno mulctari, fraternitas tua unà cum Anthemio veritatem studeat perscrutari; et si domum vel quid aliud eumdem Stephanum detinere cognoscatis, cum adhortatio vestra admoneat, ut quæ indebitè detinet, restituat.* Pour qu'on pût tirer de ce texte une preuve que saint Grégoire pensoit qu'une femme déjà mariée, pourvu que son mariage ne fût pas encore consommé, pouvoit le rompre en se faisant religieuse, même sans le consen-

tement de son mari, il faudroit qu'il fût certain que dans ce texte, le terme *desponsata* dût s'entendre d'une femme mariée, dont le mariage n'a pas encore été consommé; ce qui n'est rien moins que certain, puisqu'il peut s'entendre aussi bien, selon même sa signification la plus ordinaire, d'une simple fiancée, qui n'avoit pas encore contracté mariage avec son fiancé, mais qui étoit sur le point de le contracter, et qui avoit déjà d'avance mis son fiancé en possession d'une maison et d'autres choses qu'elle se proposoit de lui apporter en dot.

On cite un autre passage du même saint Grégoire, tiré du troisième livre de ses dialogues, *cap.* 14, où il est rapporté qu'une vierge nommée Grégoria, *constitutis jam nuptiis*, avoit fui dans une église, et avoit embrassé la profession religieuse. Ce texte ne paroît rien moins que décisif; car on peut très-commodément l'entendre en ce sens, que le mariage étoit arrêté, et que les préparatifs étoient déjà faits pour le contracter avec les solemnités ordinaires; et il n'est point du tout nécessaire de supposer que le mariage fût déjà contracté.

On se convaincra encore plus, que le sens que nous donnons à ces termes de la version, *constitutis jam nuptiis*, est le vrai sens de saint Grégoire, si on consulte son texte original, où il est dit : GAMÔN ÈDÈ ÒRISMÉNÒN. Ce terme ÒRISMÉNÒN est le participe du verbe ÒRIDZÒ, *destino*, et par conséquent ces termes signifient *nuptiis jam destinatis*, et non pas *jam contractis*.

480. On cite encore ce que Grégoire de Tours, *de vitis patrum, cap. ult.* rapporte de saint Liébard : *Quum ad legitimam pervenisset ætatem, cogentibus, juxtà consuetudinem humanam, parentibus, ut arrham puellæ, quasi uxorem accepturus, daret, impellitur.* Grégoire de Tours rapporte ensuite le discours que lui fit son père pour l'y déterminer contre son inclination : *Illo respuente, ait pater : cur, dulcissime fili, etc. Hæc patre loquente, facilè tali ætatulæ persuasit voluntati propriæ contrariæ; deniquè dato sponsæ annulo, porrigit osculum, præbet calceamentum, celebrat sponsalium diem festum.* Enfin Grégoire de Tours ajoute que le père et la mère de Liébard étant morts peu après, Liébard, *onustus donis nuptialibus*, alla voir son frère qu'il trouva ivre, et qu'ayant été touché de Dieu, il alla embrasser l'état religieux près de Tours.

Pour tirer argument de ce que Grégoire de Tours rapporte de S. Liébard, il faudroit qu'il eût dit nettement que Lié-

bard étoit déjà marié lorsqu'il alla embrasser l'état religieux. C'est ce qu'il ne dit pas; il dit seulement que le père et la mère de Liébard le déterminèrent, contre son inclination, à contracter des fiançailles avec une fille; *ut arrham puellæ, quasi uxorem accepturus, daret, i:1 pellitur;* que Liébard, se rendant à leurs instances, contracta en effet ces fiançailles avec la fille : *Dato sponsæ annulo, porrigit osculum, præbet calceamentum, celebrat sponsalium diem festum.* Il n'est pas dit *nuptiarum diem festum*, il est dit *sponsalium* : il n'y avoit donc eu que des fiançailles.

La tradition de l'anneau, et tout le reste dont il est parlé, ne désignent que des fiançailles. Il est vrai qu'il est dit ensuite que Liébard alla chez son frère, *onustus donis nuptialibus :* mais les présents qui se faisoient en faveur du mariage, se faisoient aussi bien avant que depuis le mariage; et soit qu'ils se fissent avant ou depuis, ils s'appeloient toujours *dona nuptialia:* ainsi cela ne prouve pas encore que Liébard eût été marié.

481. Enfin on cite assez mal-à-propos que le vénérable Bède, *lib. 4. histor. Angl.* rapporte de la reine Edeldride, qui après avoir vécu dans la continence pendant douze ans de mariage avec le roi Egbert son mari, se retira dans un monastère où elle fit profession religieuse, et dont elle devint abbesse un an après : car Bède dit expressément qu'elle n'y entra qu'avec la permission du roi son mari, qui eut bien de la peine à la lui accorder : *Multùm diù regem postulans, ut seculi curas relinquere, et in monasterio tantùm Christo servire permitteretur; quod ubi vix aliquandò impetravit, intravit monasterium.* N'y étant entrée qu'avec la permission de son mari, son exemple ne peut pas servir à prouver qu'il est permis à une femme dont le mariage n'a pas encore été consommé, de quitter son mari sans son consentement, pour embrasser la profession religieuse.

482. Quoi qu'il en soit de ce qui a pu servir de fondement au droit des décrétales sur la distinction du mariage consommé et du mariage non consommé, et sur la force qu'on donne à la profession religieuse de dissoudre le mariage non consommé, par la profession que fait l'un des époux, quoique sans le consentement de l'autre; ce droit étoit si universellement reconnu dans l'église, au temps du concile de Trente, que le concile jugea à propos de confirmer

cette discipline, jusqu'à frapper d'anathème ceux qui la contrediroient : *Si quis dixerit,* dit ce concile, *matrimonium ratum, non consummatum, per solemnem religionis professionem alterius conjugum non posse dirimi, anathema sit, sess.* 24, *can.* 6.

483. Fra-Paolo, en rapportant ce canon au livre 8 de son histoire, *n.* 21, dit : « Plusieurs furent surpris que l'on » donnât à croire comme article de foi, que le mariage non con- » sommé peut être dissous par une profession solemnelle de » religion : car, comme le mariage non consommé par la con- » jonction charnelle, est un lien institué par la loi divine, » au lieu que la solemnité de la profession est seulement de » droit positif, comme Boniface VIII l'a déclaré, et que d'ail- » leurs l'écriture sainte assure qu'il y avoit un vrai mariage » entre Marie et Joseph, il sembloit fort étrange qu'un lien » humain rompît un lien divin. »

On reconnoît la malignité de Fra-Paolo, qui, pour tourner en ridicule le concile, voudroit faire entendre qu'il a fait de ce canon 6 un article de foi ; ce qui ne fut jamais l'intention du concile. N'y ayant que les choses qui font partie de la révélation, qui puissent être des articles de foi, on ne peut douter que ce canon ne renferme qu'un point de pure discipline. Si le concile a ajouté un anathème à la fin, ce n'est pas qu'il ait voulu le proposer comme un objet de foi, mais c'est qu'il a voulu punir par cet anathème, la témérité de ceux qui se donnoient la liberté de censurer trop aigrement une discipline qui étoit déjà reçue depuis long-temps dans l'église.

A l'égard de ce que dit Fra-Paolo, que la profession religieuse n'étant que d'institution humaine et de droit ecclésiastique, ne peut rompre le lien du mariage, qui est un lien divin, Palavicin lui répond, qu'il est vrai que la profession religieuse n'est que de droit ecclésiastique quand à sa forme; mais que quand au fond, et en tant qu'elle consiste dans cette abdication réelle qu'une personne fait de tout ce qu'elle a dans le siècle, pour se consacrer entièrement à Dieu, elle est aussi d'institution divine. Nous en avons des exemples dans les disciples que Jésus-Christ appeloit à lui, et qui, par son ordre, renonçoient à tout ce qu'ils avoient dans le siècle, pour le suivre. L'évangile rapporte des enfants de Zébédée, que lorsque Jésus-Christ les eut appelés à lui, ils abandonnèrent aussitôt leurs filets (qui étoient tout le bien qu'ils avoient dans le monde) et leur père, pour le suivre : *Illi autem sta-*

*tim relictis retibus et patre, secuti sunt eum : Matth.* IV, 21.

Palavicin reprend aussi Fra-Paolo d'avoir dit que tous les canons du mariage passèrent au concile à l'unanimité, tels qu'ils se trouvent. Il atteste au contraire, qu'entre autres le canon sixième, dont est question, souffrit beaucoup de contradictions de la part du cardinal de Lorraine et de plusieurs autres pères.

484. Pour que la profession religieuse que fait l'une des parties qui ont contracté mariage, puisse, suivant le droit des décrétales et du concile de Trente, en rompre le lien avant qu'il ait été consommé, il faut qu'elle ait été faite solemnellement dans un ordre religieux approuvé, et qu'on y ait observé tout ce que les règles de l'église et les lois de l'état exigent pour la rendre valable.

485. Quoique l'état des ordres sacrés soit un état encore plus saint que celui de la profession religieuse, et qu'il renferme tacitement le vœu de continence, néanmoins, comme il ne renferme pas un entier renoncement au siècle, on ne lui a pas donné l'effet qu'on donne à la profession religieuse, de rompre le lien du mariage qui n'est pas encore consommé.

La promotion aux ordres sacrés forme bien un empêchement dirimant pour un mariage qui seroit contracté depuis cette promotion; mais elle ne peut pas rompre le mariage contracté auparavant, quoiqu'il n'eût pas encore été consommé. C'est ce que décide Jean XXII. *Licet votum solemnisatum per sacri ordinis susceptionem*, dit ce pape, *quantùm ad impediendum matrimonium contrahendum ac ad dirimendum, si post contractum fuerit, sit efficax reputandum ; ac dissolvendum tamen priùs contractum, etiamsi per carnis copulam non fuerit consummatum (quum nec jure divino nec per sacros canones reperiatur hoc statutum), invalidum est censendum ; cap. unic. de voto et vot. redempt. in extravag.*

Si donc un homme marié, taisant son mariage qui n'étoit pas encore consommé, se faisoit promouvoir aux ordres sacrés, il devoit être déclaré suspens de ses ordres, et condamné de retourner avec sa femme.

### ARTICLE III.

#### Si l'adultère de la femme dissout le mariage.

486. Cette question dépend de l'interprétation qu'on doit donner au célèbre passage qui se trouve sur cette matière

dans l'évangile de Saint Mathieu, *chap.* 19, où il est rapporté que les Pharisiens ayant demandé à Jésus-Christ s'il étoit permis à un homme de répudier sa femme, *Si licet homini dimittere uxorem suam, quâcumque ex causâ*, Jésus-Christ leur répondit, que par l'institution divine dans la création, Dieu avoit tellement uni l'homme et la femme, qu'ils ne devoient faire ensemble qu'une même chair; qu'il ne devoit donc pas être au pouvoir de l'homme de séparer ce que Dieu avoit uni : *Non legistis, quia qui fecit hominem, ab initio masculum et fœminam fecit eos, et dixit...... Erunt duo in carne unâ : itaque jam non sunt duo, sed una caro? quod ergò Deus conjunxit, homo non separet.* Les Pharisiens insistèrent, et dirent : Pourquoi donc Moïse a-t-il permis de répudier sa femme, en lui donnant un écrit de divorce : *Dicunt illi : quid ergò Moyses mandavit dare libellum repudii, et dimittere?* Jésus-Christ répondit : ce n'est que par tolérance que Moïse a permis cela; et moi je vous dis que celui qui renvoie sa femme, si ce n'est pour cause d'adultère, et qui en épouse une autre, commet un adultère; et que celui qui épouse la femme qu'un autre a renvoyée, commet pareillement un adultère : *Ait illis : Quoniam Moyses ad duritiam cordis vestri permisit, etc. Dico autem vobis, quia quicumque dimiserit uxorem suam*, NISI OB FORNICATIONEM, *et aliam duxerit, mœchatur; et qui dimissam duxerit, mœchatur.*

La difficulté tombe sur ces mots, *nisi ob fornicationem*. Jésus-Christ entend-il par l'exception qu'il fait du cas auquel la femme auroit commis adultère, permettre au mari de faire avec elle, en ce cas, un véritable divorce qui rompe le lien du mariage, et qui donne la liberté à l'homme d'en épouser une autre? ou par cette exception, *nisi ob fornicationem*, entend-il seulement permettre à l'homme de chasser en ce cas sa femme, et de se séparer d'habitation avec elle, sans dire que le lien du mariage sera en ce cas dissous, et qu'il sera permis à l'homme d'épouser une autre femme; de manière que dans le texte, ces termes *nisi ob fornicationem*, ne doivent se rapporter qu'à *quicumque dimiserit*, et non à ceux-ci, *qui aliam duxerit*; et que la phrase doit s'entendre en ce sens : *Quicumque dimiserit uxorem suam*, (quod non licet facere) *nisi ob fornicationem, et qui* (priore dimissâ, sive injustè, sive etiam justè, ob ejus fornicationem) *aliam duxerit, mœchatur.*

La même difficulté se rencontre au chapitre cinquième du

même évangile, ℣. 31 et 32, où Jésus-Christ dit : la loi dit, celui qui renvoie sa femme, doit lui donner un écrit de divorce; et moi je vous dis : celui qui renvoie sa femme, excepté le cas auquel elle auroit commis adultère, la met dans l'occasion de commettre un adultère en se mariant à un autre, et celui qui l'épouse, commet un adultère en l'épousant: *Dictum est, quicumque dimiserit uxorem suam, det ei libellum repudii : ego autem dico vobis, quia omnis qui dimiserit uxorem suam, exceptâ fornicationis causâ, facit eam mœchari, et qui dimissum duxerit, adulterat.* Par ces termes, *exceptâ fornicationis causâ*, Jésus-Christ entend-il permettre à l'homme, dans le cas de cette exception, de faire un véritable divorce qui rompe le lien du mariage, et le mettre en liberté d'épouser une autre femme? ou, par cette exception, entend-il seulement permettre à l'homme, en ce cas, de se séparer d'habitation d'avec sa femme, sans qu'il soit en cela responsable devant Dieu de l'adultère que la femme qu'il a renvoyée, pourroit commettre en épousant un autre homme?

487. La question a souffert difficulté dans les premiers siècles. Elle parut si difficile au premier concile d'Arles, tenu l'an 314, que ce concile, l'un des plus célèbres et des plus nombreux de l'antiquité, où six cents évêques avoient assisté (1), n'osa pas la décider; c'est ce qui paroît par le canon dixième de ce concile, qui dit : *De his qui conjuges suas in adulterio deprehendunt, et ii sunt adolescentes, et prohibentur nubere, placuit ut, in quantum potest, consilium eis detur, ne viventibus uxoribus, licèt adulteris, alias accipiant.*

Le concile, en ne voulant pas qu'on fasse une défense absolue aux hommes qui ont renvoyé leurs femmes adultères, de se remarier, témoigne qu'il regarde comme une chose incertaine, si le lien du mariage subsiste en ce cas, ou s'il est dissous : car, s'il étoit certain qu'il subsistât, le concile ne se seroit pas contenté de conseiller aux hommes de ne se pas remarier, il le leur auroit défendu absolument.

488. Il est vrai que le concile d'Elvire, qu'on croit avoir été tenu vers l'an 305, et par conséquent peu de temps avant le concile d'Arles, ordonne que les femmes qui, après avoir quitté leur mari adultère, en auront épousé un autre, seront privées de la communion, tant que vivra leur premier mari,

---

(1) Adon de Vienne, en sa chronique.

si ce n'est à la mort : *Fidelis fœmina quæ adulterum maritum reliquerit fidelem, et alterum duxerit, prohibeatur, si nubat; si autem duxerit, non priùs communionem accipiat, quàm is quem reliquerit de seculo exierit, nisi necessitas infirmitatis dare compulerit.* Mais bien loin qu'on puisse conclure de ce canon que ce concile ait décidé que la séparation pour cause d'adultère, soit du mari, soit de la femme, n'empêche pas le lien de mariage de subsister, on tire, au contraire, un argument négatif de ce concile, pour en conclure que n'ayant prononcé cette peine que contre les femmes qui se remarioient après avoir quitté leur mari adultère, et n'en ayant prononcé aucune contre les hommes qui, après avoir chassé leurs femmes adultères, en épousent une autre, il s'ensuit que les pères de ce concile ne croyoient pas qu'après qu'un homme avoit répudié sa femme adultère, le lien du mariage ne laissoit pas de subsister ; car s'ils l'eussent cru, le concile auroit prononcé les mêmes peines contre l'homme qui se remarie après avoir renvoyé sa femme adultère, que celles qu'il a prononcées contre la femme qui se remarie après avoir quitté son mari adultère.

On dira qu'il y a même raison; et que si l'adultère du mari ne rompt pas le lien du mariage, comme le concile paroît le supposer, en prononçant la peine de la privation de la communion contre la femme qui se remarie après avoir quitté son mari adultère, l'adultère de la femme ne doit pas non plus le rompre.

On répond que, quoiqu'il paroisse effectivement qu'il dût y avoir même raison, néanmoins nous apprenons de saint Basile, qui vivoit au quatrième siècle, en son épître canonique à Amphiloque, *canon* 9, que c'étoit un ancien sentiment reçu par la coutume dans l'église, qu'il y avoit une différence entre l'adultère commis par la femme, et l'adultère commis par l'homme ; que Notre-Seigneur ne s'étant expliqué que sur le cas de l'adultère de la femme, en permettant au mari, en ce cas, de la répudier, cela ne devoit pas être étendu à la femme, à qui il ne devoit pas être pareillement permis de faire divorce avec son mari lorsqu'il avoit commis adultère : *Domini sententia juxtà sensûs consequentiam æquè viris ac mulieribus convenit, quòd non liceat à matrimonio discedere, exceptâ causâ fornicationis; at verò consuetudo adulterantes viros, et qui in fornicationibus versantur, mandat à mulieribus retineri.*

Nous voyons encore cette distinction dans une loi de Constantin, qui rapporte bien l'adultère de la femme parmi les causes pour lesquelles un mari peut répudier sa femme; mais qui ne rapporte pas de même l'adultère du mari parmi les causes pour lesquelles il étoit permis à une femme de faire divorce avec son mari. C'est conformément à cette distinction, que le concile a prononcé des peines contre la femme qui, après avoir quitté son mari adultère, en épousoit un autre de son vivant, et qu'il n'en a prononcé aucune contre le mari qui épousoit un autre femme du vivant de celle qu'il avoit chassée pour cause d'adultère. C'est pourquoi, bien loin qu'on puisse inférer de ce canon, que le concile d'Elvire, en décidant qu'il n'étoit pas permis à une femme qui avoit quitté son mari adultère, d'en épouser un autre de son vivant, devoit être censé avoir pareillement décidé qu'il n'étoit pas permis au mari qui a renvoyé sa femme adultère, d'en épouser de son vivant une autre; on doit, au contraire, inférer de ce concile, qu'ayant prononcé des peines contre la femme qui avoit quitté son mari adultère, et n'en ayant prononcé aucune contre le mari qui a répudié sa femme adultère, il n'a pas cru qu'il fût défendu au mari qui a répudié sa femme adultère, d'en épouser une autre du vivant de celle qu'il a répudiée; car s'il l'eût cru, il n'eût pas manqué de prononcer la même peine, en ce cas, contre le mari, qu'il a prononcée contre la femme.

489. Ajoutez à cela que plusieurs des anciens pères ont enseigné, en termes formels, que le lien du mariage pouvoit être rompu par l'adultère de la femme. C'est ce que dit Tertullien dans le quatrième livre contre Marcion : *Præter ex causâ adulterii nec creator disjungit quod ipse scilicet conjunxit.* Donc, selon Tertullien, *ex causâ adulterii Deus disjungit aut disjungi permittit quod conjunxerat.*

S. Epiphane, dans son livre *adversùs Hæreses, cap.* 59, dans le quatrième siècle, où il combat les erreurs de certains hérétiques qui se donnoient le nom de *Cathares*, c'est-à-dire, *Purs*, lesquels condamnoient les seconds mariages, même à l'égard des laïques, s'exprime ainsi, selon la traduction du P. Petau, v. 4 : *In populo tolerari istud potest, ut qui uxore primâ contenti esse non possunt, eâ mortuâ secundam sibi copulent, quanquam qui unam duntaxat habuit, majori, ecclesiæ judicio, honore dignus est; sed cui mortua una non sufficit, quum*

*occasione aliquâ stupri adulteriique aut alterius flagitii cum eâ divortium fecerit, is si alteram uxorem duxerit, aut alteri viro nupserit, sacrarum litterarum auctoritas ab omni culpâ illos absolvit, neque ab ecclesiâ aut æternâ vitâ rejicit, sed propter imbecillitatem tolerandos existimat; non ità tamen ut duas, alterâ superstite, uxores habeat, sed ut ab unâ separatus, alteram sibi legitimè, si lubet, adjungat.*

Asterius, évêque d'Amasée, dans le même siècle, dit expressément dans une Homélie sur S. Matthieu : *Existimate et omninò vobis persuadete matrimonia morte tantùm et* ADULTERIO *dirimi.*

490. S. Augustin a traité *ex professo* la question de l'indissolubilité du mariage en cas d'adultère; c'est dans son premier livre *de conjug. adulter. ad Pollentium.* Il décide que l'adultère de l'un des conjoints par mariage, ne donne lieu qu'à la séparation d'habitation, mais ne rompt pas le lien du mariage; et que le mari qui a chassé sa femme pour cause d'adultère, ne peut pas, tant qu'elle vit, sans commettre lui-même un adultère, épouser une autre femme; de même que la femme qui a quitté son mari adultère, ne peut pas, de son vivant, épouser un autre homme.

Il emploie, pour l'établir, le passage de l'évangile de S. Marc, x, 11, où l'évangéliste fait dire à Jésus-Christ, en termes généraux, sans excepter le cas de l'adultère de la femme, ni aucun autre cas : Quiconque renvoie sa femme, et en épouse une autre, commet un adultère : *Quicumque dimiserit uxorem suam, et aliam duxerit, adulterium committit super eam.* Il cite aussi le passage de S. Luc, *chap.* 16, *n.* 18, où Jésus-Christ dit pareillement, sans faire aucune exception : *Omnis qui dimittit uxorem suam, et alteram ducit, mœchatur; et qui dimissam à viro ducit, mœchatur.*

S. Augustin argumente de ces textes de cette manière : Ces évangélistes, dit-il, ayant parlé indistinctement, *Qui sumus ut dicamus, est qui mœchatur uxore suâ dimissâ alteram ducens, et est qui hoc faciens non mœchatur, quum evangelium dicat omnem mœchari qui hoc fecit? Proindè si omnis qui hoc fecerit, ut uxore suâ dimissâ alteram ducat, mœchatur; sinè dubitatione ibi sunt ambo, et qui præter causam fornicationis dimittit uxorem; n.* 10.

S. Augustin tire encore argument pour son interprétation, de ce que dit S. Paul, *Epist.* 1, *ad Corinth.* VII, 10 : J'ordonne,

de la part du Seigneur, aux femmes, de ne pas quitter leurs maris; ou si elles les quittent, de ne se pas remarier: *Iis qui matrimonio juncti sunt, præcipio, non ego, sed Dominus, uxorem à viro non discedere; quòd si discesserit, manere innuptam, aut viro suo reconciliari: et vir uxorem non dimittat.* S. Augustin tire de ce passage cet argument : S. Paul, en ordonnant à la femme qui a quitté son mari, de ne se pas remarier, entend parler de celle qui l'a quitté pour cause d'adultère commis par son mari; autrement il ne lui auroit pas été permis de le quitter. Or il lui ordonne, de la part du Seigneur, de ne se pas marier à un autre. Donc S. Paul suppose que l'adultère commis par le mari, autorise bien la femme à le quitter, mais qu'il ne rompt pas le lien de leur mariage, puisqu'il leur défend d'épouser un autre homme: *si discesserit, manere innuptam.* Donc pareillement, conclut S. Augustin, l'adultère de la femme autorise seulement le mari à la renvoyer, mais il ne rompt pas le lien du mariage, la condition de l'un et de l'autre devant être égale. Or, dit-il, *Si par forma est in utroque, uterque mœchatur, si se alteri junxerit, etiamsi se à fornicante disjunxerit; parem verò esse formam in hâc causâ viri et mulieris ibi ostendit apostolus, ubi quum dixisset : Uxor non habet potestatem corporis sui, sed vir; adjecit atque ait : Similiter vir non habet potestatem sui corporis, sed mulier.*

491. Les avis étoient encore partagés sur cette question, au temps de S. Augustin; il reconnoît lui-même, en son Traité *de Fide et Operibus, cap.* 19, que la question souffroit difficulté. Il dit : *In ipsis divinis scripturis ità obscurum est utrùm iste cui quidem sinè dubio licet adulteram dimittere, adulter tamen habeatur si aliam duxerit, ut quantùm existimo, venialiter ibi quisque fallatur.* Et dans le second de ses livres *Retractationum, cap.* 57, il dit qu'il n'ose se flatter d'avoir parfaitement éclarci la question : *Scripsi duos libros de adulterinis conjugiis quantùm potui secundùm scripturas, cupiens solvere difficillimam quæstionem, quod utrùm enodatissimè fecerim nescio; imò verò non me pervenisse ad hujus rei perfectionem sentio, quamvis multos sinus ejus aperuerim, quod judicare poterit quisquis intelligenter legit.*

492. L'autorité de S. Augustin, dont les décisions ont toujours été regardées comme des oracles, ne tarda pas à réunir les suffrages sur cette question.

Dans le code de l'église d'Afrique, le canon 102 est conçu

en ces tarmes : *Placuit ut secundùm evangelicam et apostolicam disciplinam, neque dimissus ab uxore, neque dimissa à marito, alteri conjungantur, sed ità maneant, aut sibimet reconcilientur; quod si contempserint, ad pœnitentiam rediguntur, in quâ causâ legem imperialem petendam promulgari.*

Quoiqne ce canon ne parle pas expressément du cas auquel le divorce est fait pour cause d'adultère, néanmoins étant conçu en termes généraux, et ne faisant aucune exception, il comprend ce cas comme les autres, et il décide qu'en cas de divorce, pour quelque cause qu'il soit intervenu, soit pour cause d'adultère, soit pour quelque autre cause, il n'est permis ni à l'homme d'épouser une autre femme, du vivant de celle dont il est séparé, ni à la femme d'épouser un autre homme, du vivant de celui dont elle est séparée.

Il est d'autant plus certain que ce canon doit être entendu en ce sens, qu'il est écrit en marge, qu'il est tiré du second concile de Milève. S. Augustin ayant assisté à ce concile, tenu contre les Pélagiens l'an 416, et en ayant été l'âme, c'est sur sa doctrine que ce canon a été rédigé.

Denis le Petit, dans sa collection des canons, a inséré par abrégé ce code de l'église d'Afrique. Le canon que nous venons de rapporter, s'y trouve sous le titre, *Tituli diversorum Canonum Africanæ Ecclesiæ,* à l'article 102, en ces termes : *De his qui uxores, aut quæ viros dimittunt, ut sic maneant* (supple *innupti, quandiù vivit persona dimissa.* )

Cet auteur, qui florissoit sur la fin du cinquième siècle et au commencement du sixième, n'ayant inséré dans sa collection que les canons qui étoient alors universellement reçus dans l'église, où en conséquence sa collection, depuis qu'elle a paru, a été de la plus grande autorité, il s'ensuit que la doctrine de l'indissolubilité du mariage, sans aucune exception, que renfermoit le canon ci-dessus cité, qui se trouve dans cette collection, étoit, dès le temps qu'elle a paru, un point de discipline universellement reconnu dans l'église d'occident.

493. Ce canon, et la doctrine qu'il renferme, ont reçu une nouvelle autorité par les capitulaires de Charlemagne, où il a été inséré. On le trouve dans la collection de l'abbé Andegise, *liv.* 1, *art.* 42, en ces termes : *Item ex eodem* (*Concilio Africano*) *ut nec uxor à viro dimissa alium accipiat virum, vivente viro suo, nec vir alium accipiat uxorem, vivente priore.*

494. Les conciles tenus dans les siècles suivants, ont suivi cette doctrine, et se sont même expliqués encore plus formellement, ayant exprimé le cas du divorce pour cause d'adultère. Le concile de Frioul, tenu sous Charlemagne, sur la fin du huitième siècle, canon 10, porte : *Placuit ut resoluto, fornicationis causâ, jugali vinculo* (1), *non liceat viro aliam uxorem ducere.*

Le concile de Nantes, qui est au moins du temps de Charlemagne, qui a inséré dans ses capitulaires deux canons de ce concile, mais qui peut être beaucoup plus ancien, son époque étant incertaine, dit au canon douzième : *Si cujus uxor adulterium perpetravit, et hoc à viro deprehensum fuerit et publicatum, dimittat uxorem.... vir verò ejus, illâ vivente, nullatenùs aliam accipiat.*

Le concile tenu à Tribur, près Mayence, l'an 895, dans le canon 46, parle du cas d'une femme répudiée par son mari pour cause d'adultère, et poursuivie criminellement; et à la fin de ce canon il dit : *Maritus verò, quamdiù ipsa vivat, nullo modo uxorem ducat.*

Le concile tenu à Trosli, en 909, au canon 8, dit : *Uxor nunquam propter hominem separanda, et si fornicata fuerit, et vir ejus voluerit, dimittenda; sed, illâ vivente, altera non ducenda, quia adulteri regnum Dei non possidebunt.*

495. On peut ajouter à ces autorités le suffrage unanime des auteurs ecclésiastiques qui ont écrit depuis le sixième siècle sur ces matières, lesquels ont enseigné, en termes formels, que l'homme qui avoit répudié sa femme, quoique pour cause d'adultère, ne pouvoit pas, du vivant de cette femme, en épouser une autre : tels sont, dans le septième siècle, Bede, sur le chap. 10 de S. Marc; dans le neuvième, Jonas, évêque d'Orléans; Hincmar de Rheims, dans son ouvrage du divorce de Lothaire et de Theutberge; Paschase Ratbert, sur le chap. 19 de S. Matthieu; Yves de Chartres, dans sa lettre 125e à Dambert de Sens. L'auteur de la tradition

(1) Par ces termes, *jugali vinculo*, le concile n'entend parler que de l'obligation mutuelle que les conjoints avoient contractée de se rendre le devoir conjugal; laquelle est dissoute par le crime d'adultère : il n'entend pas parler du lien conjugal proprement dit, par lequel Dieu les a unis en une même chair. Le concile reconnoît que l'adultère ne rompt pas celui-là, puisqu'il décide que celui qui a répudié sa femme pour cause d'adultère, ne peut se remarier tant qu'elle vit.

sur le mariage, a recueilli ces témoignages, où on peut les voir ; ou encore mieux dans les livres originaux.

496. Le droit canonique moderne n'est pas moins décisif que l'ancien, pour la doctrine de l'indissolubilité du mariage, sans aucune exception, même dans le cas du divorce pour cause d'adultère.

Cette doctrine est enseignée dans le décret de Gratien. Cet auteur, *causâ* 32, *quæst.* 7, rapporte, à son ordinaire, les autorités pour et contre; et après avoir rapporté celles sur lesquelles est établie la doctrine de l'indissolubilité, il dit : *His autoritatibus evidentissimè monstratur, quòd quicumque, fornicationis causâ, uxorem suam dimiserit, aliam, illâ vivente, ducere non poterit ; et si duxerit, reus adulterii erit.*

Le droit des décrétales est pareillement conforme à cette doctrine. En conséquence Alexandre III, *cap.* 5, *ext. de divort.*, décide qu'un mari qui, après s'être séparé de sa femme, pour cause d'adultère, s'était, du vivant de cette femme, remarié à une autre, devoit être condamné à retourner avec la première qu'il avoit quittée.

Par cette décision le pape regarde tellement comme un adultère le mariage qu'un homme contracte du vivant de la femme qu'il a quittée pour cause d'adultère, qu'il ordonne que cet homme ne puisse plus reprocher à sa femme qu'il a répudiée, l'adultère qu'elle a commis, suivant la règle, *paria delicta mutuâ pensatione extinguuntur ;* et qu'en conséquence il soit tenu de retourner avec cette femme, de laquelle, sans cela, il auroit pu demeurer séparé.

Dans le XV[e] siècle, Eugène IV, dans le concile de Florence, dit nettement que l'adultère ne donne lieu qu'à la séparation d'habitation, et qu'il ne peut dissoudre le lien. Le troisième caractère du mariage, dit ce pape, est l'indissolubilité ; *Propter hoc quòd significat indivisibilem conjunctionem christi et ecclesiæ : quamvis autem ex causâ fornicationis liceat thori separationem facere, non tamen aliud matrimonium contrahere fas est, quum matrimonii vinculum legitimè contracti perpetuum sit ;* 13[e] tome des conciles du père Labbe, *p.* 539.

497. Cette doctrine de l'indissolubilité du mariage, même en cas de séparation pour cause d'adultère, étoit si autorisée dans l'église latine au temps du concile de Trente, que lorsque la question y fut proposée, on avoit projeté un décret qui frappoit d'anathème le sentiment contraire. Les ambas-

sadeurs de la république de Venise s'y opposèrent, et représentèrent que dans plusieurs provinces sujettes de la république, qui suivoient le rit grec, on avoit sur ce point une discipline contraire à celle de l'église latine, et qu'on y tenoit, comme dans toute l'église grecque, que l'adultère de la femme rompoit le lien du mariage, et que l'homme qui l'avoit répudiée pour cette cause, pouvoit, du vivant de cette femme, en épouser une autre; qu'il n'étoit pas juste de condamner les peuples de ces provinces sans les avoir entendus; d'autant plus que dans les articles qui furent proposés dans le treizième siècle pour la réunion des Grecs, on ne leur proposa pas de se départir sur ce point de leur discipline. Ces représentations firent changer le canon : le concile laissa à chaque église la liberté de suivre la discipline qu'elle avoit anciennement tenue, et se contenta de frapper d'anathème ceux qui s'arrogeroient l'autorité de censurer et de taxer d'erreur la discipline de l'église latine sur ce point.

C'est pourquoi le canon, qui est le septième, *Sess.* 24, fut rédigé de cette manière : *Si quis dixerit ecclasiam errare quum docuit et docet juxtà evangilicam et apostolicam doctrinam, propter adulterium alterius conjugum, matrimonii vinculum non posse dissolvi; vel etiam innocentem qui causam adulterio non dedit, non posse, altero conjuge vivente, aliud matrimonium contrahere, mœcharique eum qui, dimissâ adulterâ, aliam duxerit, et eam quæ dimisso adultero, alii nupserit, anathema sit.*

Quoi qu'il en soit de cette question, il n'est pas douteux *in praxi* parmi nous, que lorsqu'un homme s'est fait séparer de sa femme, après l'avoir convaincue d'adultère, le lien du mariage est censé subsister, et forme un empêchement dirimant qui rend nul le mariage qu'il contracteroit avec une autre, du vivant de celle qu'il a répudiée.

### ARTICLE IV.

Lorsque l'un des conjoints qui se sont mariés étant infidèles, se fait chrétien, peut-il dissoudre le lien du mariage qu'il a contracté avec l'autre qui persévère dans l'incrédulité.

498. La décision de cette question dépend de l'interprétation qu'on doit donner à quelques versets du septième chapitre de la première épître de S. Paul aux Corinthiens.

Dans ce chapitre, après que S. Paul a établi comme un

principe général, que, suivant le commandement du Seigneur, une femme ne doit point quitter son mari; que si elle l'a quitté, il ne lui est pas permis de se remarier; qu'elle doit rester sans mari, ou se réconcillier avec celui qu'elle a quitté; qu'un mari ne peut pareillement quitter sa femme (1); il vient ensuite à la question qui lui avoit été faite sur le cas particulier d'un chrétien qui a une femme infidèle, ou d'une chrétienne qui a un mari infidèle : il répond qu'il n'a pas de commandement formel du Seigneur à leur apporter pour ce cas particulier, sur lequel le Seigneur ne s'est pas expliqué. Mais ce que j'ai à vous dire, leur dit-il, c'est que si un de nos frères a une femme infidèle qui veuille demeurer avec lui, il ne doit point la renvoyer; et pareillement si une de nos sœurs à un mari infidèle qui veuille bien demeurer avec elle, elle ne doit point le quitter : car bien loin que la partie fidèle soit souillée par la partie infidèle, au contraire la partie fidèle peut servir à la sanctification de la partie infidèle.

Vous procurez aussi, en demeurant avec la partie infidèle, la sanctification de vos enfants, auxquels vous procurez la grâce du baptême et l'instruction dans la foi; au lieu qu'en vous séparant de la partie infidèle, et les lui laissant, ils seroient impurs. Si cependant la partie infidèle veut se séparer, et qu'il ne soit pas possible à la partie fidèle de vivre en union avec elle, nous n'obligeons pas notre frère ou notre sœur à courir après la partie infidèle pour être avec elle dans une discorde continuelle; nous ne leur imposons pas une pareille servitude : Dieu nous a appelés à un état de paix. Néanmoins que le fidèle ne néglige rien pour demeurer avec l'infidèle; car qui sait si vous ne gagnerez pas à la foi votre mari, en demeurant avec lui? Qui sait si vous ne gagnerez pas votre femme à la foi, en demeurant avec elle ? *Cæteris ego dico, non Dominus : Si quis frater uxorem habet infidelem, et hæc consentit habitare cum illo, non discedat; et si quæ mulier fidelis habet virum infidelem, et hic consentit habitare cum illâ, non dimittat virum : sanctificatus est enim vir infidelis per mulierem fidelem, et sanctificata est mulier infidelis per virum fidelem; alioquin filii vestri immundi sunt, nunc autem sancti*

(1) *His qui matrimonio juncti sunt, præcipio, non ego, sed Dominus, uxorem à viro non discedere; quòd si discesserit, manere innuptam, aut viro suo reconciliari; et virum non dimittere uxorem.*

*sunt. Quòd si infidelis discedit, discedat; non enim subjectus est frater aut soror in hujusmodi; in pace autem vocavit nos Deus : undè enim scis mulier, si virum salvum facies ? aut undè scis vir, si mulierem salvam facies ? etc.* v. 12, 13, 14, 15, 16.

Le point de la question est de savoir si S. Paul, par les versets que nous venons de rapporter, permet à la partie fidèle de faire avec la partie infidèle un divorce qui rompt le lien du mariage, ou s'il permet seulement une simple séparation d'habitation qui le laisse subsister.

499. Cette question a été depuis peu très-bien discutée dans une espèce sur laquelle est intervenu un arrêt du parlement.

Borach Levi, juif de naissance, et originaire d'Haguenaw, y avoit contracté mariage avec *Mendel-Cerf*, qui étoit pareillement juive, et native d'Haguenaw : Borach Levi étant venu à Paris, se convertit au christianisme, et fut baptisé à Monmagni, village du diocèse de Paris, le 10 août 1752, avec deux enfants qu'il avoit de son mariage, et qu'il avoit amenés avec lui.

Depuis, Borach Levi fit, les 13 mai et 22 octobre 1754, des sommations à sa femme Mendel-Cerf, qui étoit restée à Haguenaw, de venir le joindre, et par la seconde de ces sommations, il lui déclare qu'il consent qu'en venant le rejoindre, elle vive chez lui dans la profession du judaïsme.

A ces sommations Mendel-Cerf ayant répondu qu'elle ne vouloit pas retourner avec lui, et qu'elle le sommoit de lui envoyer, selon les formes du judaïsme, un libelle de divorce, pour qu'elle pût se marier à un autre homme de sa religion, Borach la fit assigner à l'officialité de Strasbourg, où il obtint sentence le 7 novembre 1754, qui lui donne acte des sommations par lui faites à sa femme, et des réponses de sa femme, et déclare qu'il est libre de se pourvoir par mariage en face d'église, avec une personne de même religion que celle qu'il professe maintenant.

Depuis, Borach ayant contracté des promesses de mariage avec une fille de Villeneuve-sur-Bellot, diocèse de Soissons, nommée Anne Thevard, auxquelles le père de ladite Thevard avoit souscrit, s'adressa au curé dudit Villeneuve pour publier ses bans de mariage. Il fit signifier les sommations qu'il avoit faites à Mandel-Cerf, la sentence de l'official de Strasbourg, qui avoit prononcé la dissolution de son mariage avec elle, et un certificat du secrétaire de l'évêché de Strasbourg, qui

atteste que par les registres du greffe, il paroît que de tout temps il a été permis dans le diocèse de Strasbourg, aux juifs baptisés, de se remarier avec des catholiques, lorsque leurs femmes juives ont refusé de cohabiter avec eux depuis leur baptême; et que cet usage a été constamment reconnu par le conseil souverain de Colmar.

Le curé ne s'étant pas contenté de ces pièces, et ayant refusé de publier les bans de mariage, Borach le fit assigner en l'officialité de Soissons, pour qu'il lui fût enjoint de les publier. L'official, par sa sentence du 5 février 1756, ayant déclaré Borach non-recevable en sa demande, Borach interjeta appel comme d'abus de cette sentence, au parlement.

La question qui étoit à juger au parlement sur cet appel, étoit de savoir si Borach avoit pu rompre, quant au lien, le mariage qu'il avoit contracté dans le judaïsme avec Mendel-Cerf, et s'il pouvoit en conséquence épouser une autre femme de son vivant. Cette question y fut très-bien discutée : on a imprimé les consultations et les plaidoyers qui ont été faits sur cette matière. Nous rapporterons dans un premier paragraphe, les raisons qui furent alléguées pour soutenir que S. Paul permettoit à un infidèle converti au christianisme, de rompre, même quant au lien, le mariage qu'il avoit contracté dans l'infidélité, lorsque l'autre conjoint demeuré dans l'infidélité, refusoit de cohabiter avec lui. Dans un second paragraphe, nous rapporterons les raisons qui furent alléguées pour prouver que le mariage ne pouvoit en ce cas se rompre quant au lien, et l'arrêt qui est intervenu sur la question.

### §. I. Raisons pour soutenir que saint Paul permet un véritable divorce qui rompt le lien du mariage.

500. On dit que l'indissolubilité non susceptible d'aucune exception, est un caractère qui ne convient qu'au mariage qui fut contracté dans l'état d'innocence entre nos premiers parents, et à ceux qui, depuis la loi évangélique, sont contractés par les fidèles, parce que ces mariages sont le type et la figure de l'union de Jésus-Christ avec son église, dont l'indissolubilité n'est susceptible d'aucune exception. On prétend que par le péché, les mariages ont cessé d'avoir ce caractère, jusqu'à l'institution du sacrement de mariage, par lequel Jésus-Christ ayant élevé à la dignité de sacrement

les mariages des fidèles, les a rendus le type et la figure de son union avec son église, et leur a donné le caractère d'une indissolubilité non susceptible d'aucune exception, qui en est une suite; mais que, n'y ayant que les mariages des fidèles qui aient été élevés à cette dignité, les mariages des infidèles, tels que ceux des Juifs et des Païens, n'ont pas ce caractère d'une indissolubilité non susceptible d'aucune exception.

C'est pour cela, dit-on, que S. Paul, dans le chapître de l'épître aux Corinthiens, rapporté ci-dessus, *n.* 498, après avoir parlé du mariage contracté par des fidèles, à l'égard duquel il dit qu'il n'est pas permis à une femme de se remarier du vivant de son mari qu'elle a quitté, s'exprime ainsi : *Præcipio, non ego, sed Dominus uxorem à viro non discedere; quòd si discesserit, manere innuptam :* et que lorsqu'il vient ensuite à parler du mariage contracté par des infidèles, dont l'une des parties s'est convertie à la foi, il dit que si l'autre partie qui demeure dans l'infidélité, ne veut pas demeurer avec celle qui s'est convertie, il est permis à la partie qui s'est convertie, de se séparer : *Quòd si infidelis discedit, discedat :* et il n'ajoute pas, comme dans l'espèce précédente, qu'elle ne doit pas se remarier; au contraire, il ajoute qu'elle est libre : *non enim servituti subjectus est, etc.*

Pour autoriser cette interprétation du texte de S. Paul, on cite un canon rapporté en la seconde partie du décret de Gratien, *caus.* 28, *quæst.* 2, *can.* 2, où il est dit : *Si infidelis discedit odio christianæ fidei, discedat; non est enim frater aut soror subjectus servituti in hujusmodi : non est enim dimisso peccatum propter Deum,* SI ALII SE COPULAVERIT *: contumelia enim creatoris solvit jus matrimonii circà eum qui relinquitur; infidelis autem discedens, et in Deum peccat, et in matrimonium, nec est ei fides servanda conjugii, quia propterea discessit, ne audiret Christum Deum Christianorum conjugiorum.*

Gratien attribue le texte dont il a composé ce canon, à S. Grégoire, dans les ouvrages duquel il ne se trouve point. On a cru qu'il étoit de S. Ambroise, parce que dans un commentaire sur les épîtres de S. Paul, qui a été pendant longtemps attribué à S. Ambroise, ce texte se trouve effectivement sur le *chap.* 7 de la première épître aux Corinthiens, tel qu'il est rapporté par Gratien : mais les critiques du seizième siècle ont démontré que ce commentaire avoit été faus-

sement attribué à S. Ambroise. Plusieurs le soupçonnent d'être d'un nommé Hilaire, diacre de la secte des Lucifériens. *Voyez* la préface des savants Bénédictins sur ce commentaire, qu'ils ont placé à la suite des ouvrages de S. Ambroise, parmi les ouvrages faussement attribués à ce père.

L'interprétation qu'on a donnée au texte de S. Paul, est aussi autorisée par la décision du pape Innocent III, qui est au chapitre *Quanto*, *ext. de divort.* Ce pape fait une distinction entre le mariage contracté par des fidèles, dont l'un a depuis apostasié, et celui contraté par des infidèles, dont l'un s'est depuis converti à la foi chrétienne. Il dit que dans le premier cas, la partie fidèle dont l'apostat s'est séparé, ne peut pas, de son vivant, se remarier à un autre; mais il décide que dans le second cas, la partie convertie, qui ne peut demeurer avec celle qui demeure dans l'infidélité, peut, de son vivant, se remarier à un autre : *Si alter infidelium ad fidem convertatur..... qui relinquitur ad secunda, si voluerit, vota transibit; et in hoc casu intelligimus quod ait apostolus : si infidelis discedit, discedat; frater enim vel soror non est servituti subjectus in hujusmodi; et canonem* (1) *etiam in quo dicitur : Contumelia creatoris solvit jus matrimonii circa eum qui relinquitur.* Il donne cette différence entre l'un et l'autre cas : *Nam,* dit-il, *etsi matrimonium verum inter infideles existat, non tamen est ratum; inter fideles autem verum et ratum existit; quia sacramentum fidei quod semel admissum est, nunquam amittitur, sed ratum efficit conjugii sacramentum, ut ipsum in cònjugibus illo durante perduret.*

On cite, pour autoriser ce sentiment, un grand nombre de théologiens et de canonistes qui l'ont enseigné, dont quelques-uns ont écrit avant Gratien, tels que Hugues de Saint-Victor et Pierre Lombard; et les autres ont écrit depuis, tels que S. Thomas, *p. 3, suppl. quæst.* 59, *art.* 5; S. Bonaventure, Nicolas de Lyra, Gerson, etc.

Estius, *lib.* 4, *dist.* 39, *art.* 7, dit que ce sentiment est *constans theologorum et canonistarum doctrina, qui in eâ re secuti sunt sacros canones, et totius ecclesiæ praxim.*

On cite l'autorité du pape Benoît XIV, dans son ouvrage de

(1) C'est le canon du décret de Gratien que nous avons rapportés ci-dessus, dont le pape rapporte les propres termes.

*Synodo diœcesanâ*, et celle de plusieurs rituels qui ont adopté ce sentiment; celle du cathéchisme de Montpellier, et d'une foule d'auteurs du premier ordre, théologiens, canonistes et commentateurs de l'Ecriture-Sainte.

Enfin l'usage constant des diocèses où il y a des juifs, et où ce cas se rencontre, tels que ceux de Strasbourg et de Metz.

**§. II. Raisons pour soutenir qu'un infidèle converti au christianisme, ne peut rompre le lien du mariage qu'il a contracté dans l'infidélité, et l'arrêt intervenu sur cette question.**

501. On commence par attaquer le principe sur lequel on fonde l'opinion rapportée au paragraphe précédent : c'est mal-à-propos, dit-on, que les partisants de cette opinion avancent que le caractère d'une indissolubilité sans aucune exception, est un caractère qui ne convient qu'aux mariages des fidèles, et que c'est la dignité du sacrement, à laquelle Jésus-Christ les a élevés, qui le leur donne. Ce caractère d'indissolubilité sans exception, est le caractère de tous les mariages, de ceux des infidèles aussi bien que de ceux des Chrétiens. Dieu a donné ce caractère au mariage dès son institution. C'est à toute sa postérité qu'Adam, inspiré de l'esprit de Dieu, intima la volonté de Dieu à cet égard, par ces paroles : *Homo relinquet patrem suum et matrem suam, et adhœrebit uxori suœ; et erunt duo in carne unâ.*

L'indissolubilité du mariage n'est donc pas un caractère qui soit particulier aux mariages des fidèles, mais c'est le caractère de tous les mariages. Ce n'est pas parce que le mariage des fidèles a été élevé à la dignité de sacrement, qu'il est indissoluble; mais c'est au contraire parce qu'il est indissoluble, qu'il a été élevé à la dignité de sacrement, le caractère d'indissolubilité qui se trouve dans le mariage, étant propre à être la figure de l'indissolubilité de l'union que Jésus-Christ a contractée avec son église.

En vain oppose-t-on contre l'indissolubilité du mariage, que le divorce étoit permis par la loi de Moïse, pourvu qu'on y observât certaines formes qu'elle prescrivoit. Cette objection est précisément la même que les Juifs firent à Jésus-Christ, lorsqu'il leur dit : *Non legistis quia qui fecit hominem ab initio, masculum et fœminam fecit eos, et dixit : Propter hoc dimittet homo patrem et matrem, et adhœrebit uxori suœ, et erunt*

*duo in carne unâ? Itaque jam non sunt duo, sed una caro; quod ergo Deus conjunxit, homo non separet.* Pourquoi donc, dirent les Juifs, Moïse a-t-il permis le divorce? *Dicunt illi: Quid ergo Moyses mandavit dare libellum repudii, et dimittere?* Jésus-Christ nous a donné lui-même la réponse à cette objection: *Ait illis: Quoniam Moyses ad duritiam cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras; ab initio autem non fuit sic:* Ce n'est que la dureté de votre cœur, qui a porté Moïse à vous permettre le divorce: cette permission est plutôt une tolérance d'un moindre mal, pour en éviter un plus grand, qu'une véritable permission.

Jésus-Christ a abrogé cette tolérance: c'est pourquoi ce que S. Paul dit dans le texte rapporté ci-dessus, que le conjoint converti à la foi peut quitter celui qui est demeuré dans l'infidélité, lorsque celui-ci ne veut pas demeurer en paix avec lui, *si discesserit, discedat*, ne doit s'entendre que d'une séparation d'habitation, et non pas d'une rupture de mariage; et ce qui est ajouté, *non enim subjectus est frater aut soror in hujusmodi*, signifie qu'il n'est plus assujetti au devoir conjugal envers le conjoint qui le quitte le premier; mais ils ne signifient pas qu'il soit dégagé du lien du mariage, et qu'il puisse se remarier à un autre.

502. Ce principe, que le caractère d'indissolubilité n'est pas particulier aux mariages des fidèles, mais qu'il est le caractère de tous les mariages, est confirmé par la tradition de l'église.

Innocent I, qui occupoit le siége de Rome au cinquième siècle, dans son épître canonique, qui se trouve dans le *Codex Canonum vetus Ecclesiæ Romanæ*, de l'édition de M. Pithou (dans laquelle ce pape expose la tradition de son église, qui s'y étoit conservée depuis S. Pierre) dit en termes formels, au cinquième canon de ladite épître, que la parole de Jésus-Christ, qui nous a dit que l'homme ne pouvoit rompre les liens que Dieu lui-même avoit formés, s'appliquoit indistinctement à tous les mariages, à ceux des infidèles comme à ceux des Chrétiens: *Ipse Dominus*, dit-il, *quum interrogaretur à Judæis si liceret dimittere uxorem, atque exponeret fieri non debere, addidit: Quod ergo Deus junxit, homo non separet; ac, ne de his copulis locutus esse credatur quæ post Baptismum sortiuntur, meminerit hoc et à Judæis interrogatum, et Judæis responsum.*

Dans le neuvième siècle, le concile de Tribur en Franconie, *can.* 39, dit : *Synodus Romana ait quòd non dimittenda sit uxor post Baptismum, quæ habita est, et ante Baptismum : in Baptismo solvuntur crimina, non tamen legitima conjugia.*

La même chose se trouve dans un canon du concile de Meaux, que Gratien rapporte immédiatement avant le faux canon qui l'a induit en erreur, comme lui étant opposée.

503. Les écrits des anciens pères contiennent la même doctrine sur l'indissolubilité des mariages, quoique contractés dans l'infidélité.

Tertullien, dans son livre *ad uxorem*, où il défend aux femmes chrétiennes de se marier à des infidèles, rapporte une objection qu'on lui faisoit, tirée de ce que S. Paul dit que la femme fidèle peut sanctifier le mari infidèle; et il répond en disant que S. Paul parle d'un mariage contracté entre deux infidèles, dont l'une des parties a été depuis convertie à la foi chrétienne. Je ne parle pas, dit Tertullien, du cas de ce mariage dans lequel le fidèle converti se trouve DANS L'OBLIGATION DE DEMEURER, Dieu défendant le divorce hors le cas d'adultère; mais je parle du cas d'un mariage qu'il est au pouvoir du fidèle de ne pas contracter : *Respondebo... Dominum magìs ratum habere matrimonium non contrahi, quàm omninò disjungi; denique divortium prohibet, nisi stupri causâ, continentiam verò commendat :* HABEAT IGITUR ILLE PERSEVERANDI NECESSITATEM*; hic porrò non nubendi potestatem.*

S. Chrysostôme dit qu'un mari peut renvoyer sa femme pour cause d'adultère, mais non pour cause d'idolâtrie. Dieu, dit-il, a permis, *permisit ut is qui fornicariam uxorem habet, eam expelleret, gentilem verò uxorem secùs : in cap. Isaï.* 3. Et ailleurs il dit : *Adeò veniâ indignum est hoc peccatum* (adulterii) *ut si uxor, invito conjuge etiam idololatrâ, ab illo separetur, à Deo puniatur; si ab adultero, minimè; Homil.* 63.

S. Augustin, *de adulterinis conjugiis*, suppose très-clairement que le lien du mariage contracté entre des infidèles, n'est pas rompu lorsque la partie convertie à la foi se sépare de l'autre partie demeurée dans l'infidélité. Après avoir, au livre premier, *n.* 19, comparé l'infidélité à l'adultère, et dit que de même que l'un des deux conjoints par mariage a droit de se séparer de l'autre pour cause d'adultère, de même le conjoint converti à la foi, avoit le droit de se séparer de l'autre pour son obstination à demeurer dans

l'infidélité, qui est une espèce d'adultère spirituel : *Si propter fornicationem carnis permittitur homo à conjuge separari, quantò magis in conjuge mentis fornicatio detestanda est, id est infidelitas? etc.*

Ensuite il ajoute, que quoique le conjoint ait ce droit, néanmoins S. Paul, inspiré par le Saint-Esprit, lui conseille de n'en pas user, et de demeurer, autant qu'il est possible, avec le conjoint infidèle; et une des raisons qu'il apporte au *nomb.* 22 pour l'y engager, est afin de ne pas mettre par là le conjoint infidèle dans l'occasion de commettre un adultère, en se mariant à une autre personne : *Discessionem fidelis ab infideli*, dit ce père, *quam non prohibet Dominus præcepto legis, quia coràm illo injusta non est, prohibet apostolus consilio charitatis, quia infidelibus affert impedimentum salutis, non solùm quia perniciosissimè scandalisantur offensi, verùm etiam quia quum in alia conjugia ceciderint, adulterinis nexibus colligati difficillimè solvuntur.*

Il est évident, par ce texte de S. Augustin, que ce père entend le texte de S. Paul, d'une simple séparation d'habitation qui laisse subsister le lien du mariage; car si le lien du mariage étoit rompu, il n'auroit pas pu dire que l'infidèle dont le conjoint fidèle s'est séparé, commettroit un adultère en s'engageant dans un autre mariage : *Quum in alia conjugia ceciderint, adulterinis nexibus colligati difficillimè solvuntur.*

Dans le douzième siècle, Théophilacte enseigne pareillement que lorsque le conjoint converti à la foi, se sépare de celui qui est resté dans l'infidélité, cette séparation ne rompt pas le lien de leur mariage. Dans son commentaire sur l'épître de S. Paul aux Corinthiens, en expliquant ces termes, *Non enim hujusmodi servituti subjectus est frater aut soror*, il dit : *Quæ verba si exactè discutiuntur, solùm significant quòd in hujusmodi discessibus seu separationibus infidelis à fideli, infidelis conjugis à fideli conjuge, infidelis patris à fideli filio, infidelis filii à fideli patre, etc. nullus frater aut soror, hoc est nullus Christianus aut Christiana, est subjectus servituti hujusmodi priori, putà, quâ filius tenetur patri, aut è converso.... quâ uxor marito; etc. converso; sed hinc non convincitur quòd sit* SOLUTUM VINCULUM CONJUGALE, *sicut non solvitur vinculum filiale aut paternum.*

504. Nonobstant ces raisons et ces autorités par lesquelles on établit l'indissolubilité du mariage contracté dans l'infidélité,

on est obligé de convenir que l'opinion contraire est depuis très-long-temps l'opinion commune des théologiens et des canonistes; mais quelque accréditée qu'elle soit, il n'est pas difficile de la réfuter. Il paroît que tous ceux qui l'ont embrassée, y ont été entraînés par l'autorité de la décrétale d'Innocent III, rapportée au précédent paragraphe, qui a effectivement décidé que la partie convertie au christianisme, pouvoit rompre le lien du mariage qu'elle avoit contracté dans l'infidélité, lorsqu'elle étoit obligée de se séparer de l'autre partie qui demeuroit dans l'infidélité. Mais si on fait voir que cette décrétale, qui est l'unique fondement de leur opinion, ne peut mériter aucune considération, il s'ensuivra que leur opinion étant destituée de fondement, ne peut se soutenir. C'est ce qu'on va établir. C'est une erreur de fait, dans laquelle Innocent III est tombé, qui a donne lieu à sa décision. On sait que dans le treizième siècle, qui est le temps auquel vivoit ce pape, les personnes qui étudioient le droit canonique, consultoient peu les sources, et se contentoient de l'étudier dans des compilations de canons et de passages des pères de l'église, entre lesquelles compilations celle de Gratien tenoit un rang distingué. On sait aussi que dans ce siècle, le flambeau de la critique n'avoit pas encore fait distinguer les véritables ouvrages des pères, de ceux qui leur étoient faussement attribués. Innocent III ayant donc trouvé dans le décret de Gratien le canon que nous avons rapporté au paragraphe précédent, où il est dit que le conjoint converti au christianisme, que l'autre conjoint abandonne en haine de la religion chrétienne, est entièrement dégagé envers lui, et peut se marier à un autre; et l'ayant peut-être aussi lu dans un commentaire sur les épitres de S. Paul, qui passoit alors, et a depuis long-temps passé pour être un ouvrage de S. Ambroise, ce pape fut persuadé que ce passage rapporté par Gratien, étoit effectivement tiré ou de S. Grégoire, à qui Gratien l'attribue, quoiqu'il ne se trouve pas dans ses ouvrages; ou de S. Ambroise, parce qu'il se trouve effectivement tel que Gratien le rapporte dans un commentaire sur les épitres de S. Paul, qui passoit alors pour être un ouvrage de S. Ambroise: c'est pourquoi il n'hésita pas à y conformer sa décision. On reconnoît par la lecture de sa décrétale, que c'est sur ce canon du décret de Gratien, qu'il appuie sa décision; il le cite, et il en rapporte les paroles : *Et in hoc intelligimus*

*quod ait apostolus..... et canonem etiam in quo dicitur: Contumelia creatoris solvit jus matrimonii circa eum qui relinquitur.*

Or il est certain aujourd'hui que ce canon de Gratien, auquel Innocent III a cru devoir conformer sa décision, ne mérite aucune considération, et qu'il n'est tiré d'aucun père de l'église, comme nous l'avons observé *suprà, n.* 500.

Il suit de là que c'est l'erreur de fait dans laquelle étoit Innocent III, au sujet du canon de Gratien, qu'il croyoit faussement avoir été puisé dans quelque père de l'église, qui a donné lieu à la décision contenue dans sa décrétale, et qu'en conséquence cette décision ne peut être d'aucune considération : elle en mérite d'autant moins, que la distinction que ce pape fait pour appuyer sa décision entre le mariage des infidèles, qu'il dit être *verum, non tamen ratum,* et celui des Chrétiens, qu'il dit être *verum et ratum,* est une nouveauté contraire à ce qu'ont enseigné les conciles et les pères des premiers siècles, comme cela paroît par ce que nous avons rapporté de l'épître canonique du pape Innocent I, où il est dit en termes formels, que le caractère d'indissolubilité ne convient pas moins au mariage des infidèles qu'à celui des fidèles : cela paroît pareillement par les autres autorités que nous avons rapportées au commencement de ce paragraphe.

Enfin, quoique la multitude des théologiens et des canonistes se soit laissée entraîner par l'autorité de la décrétale d'Innocent III, il y en a néanmoins quelques-uns d'un très-grand nom qui ne s'y sont pas laissés entraîner. De ce nombre sont le cardinal Cajétan et Dominique Soto, qui soutint dans le concile de Trente, par l'autorité des pères, le sentiment contraire à la décrétale. Le concile ne jugea pas à propos de rien décider sur la question.

505. L'arrêt qui est intervenu sur cette question, est du 2 janvier 1758; il déclare qu'il n'y a pas abus dans la sentence de l'official de Soissons, et il fait défenses à Levi de passer à aucun mariage pendant la vie de Mendel-Cerf sa femme.

# CHAPITRE III.

De la séparation d'habitation.

506. La séparation d'habitation est la décharge qui, pour de justes causes, est accordée par le juge à l'un des conjoints par mariage, de l'obligation d'habiter avec l'autre conjoint, et de lui rendre le devoir conjugal, sans rompre néanmoins le lien de leur mariage.

Cette séparation intervient le plus ordinairement sur la demande de la femme; elle intervient néanmoins quelquefois sur la demande du mari, comme dans le cas d'accusation d'adultère.

## ARTICLE PREMIER.

De la séparation d'habitation qui intervient sur la demande de la femme.

Nous verrons, 1° quelles sont les causes pour lesquelles une femme peut obtenir la séparation d'habitation; 2° comment s'obtient cette séparation; 3° nous traiterons de l'exécution et des effets de la séparation d'habitation qu'une femme a obtenue.

### § I. Quelles sont les causes pour lesquelles une femme peut demander la séparation d'habitation.

507. L'union du mari et de la femme, qui est formée par Dieu même, et le pouvoir que chacun des conjoints donne sur son corps, par le mariage, à l'autre conjoint, ne permettent pas à une femme de demander la séparation d'habition, si ce n'est pour de très-grandes causes. Elle est obligée, dans le for de la conscience, à s'attirer par sa douceur et par ses complaisances, les bonnes grâces de son mari; et si, en faisant tout ce qui est en son pouvoir, elle ne peut y réussir, elle ne doit opposer que la patience aux mauvaises manières de son mari, et même à ses mauvais traitements : elle doit regarder cela comme arrivant par l'ordre de Dieu, et comme une croix qu'il lui envoie pour expier ses péchés. Cela ne doit pas l'empêcher d'aller, dans toutes les occasions, au-devant de tout ce qui peut faire plaisir à son mari, et elle ne doit pas le quitter, à moins que les choses ne soient portées aux plus grandes extrémités.

508. A l'égard du for extérieur, les juges ne doivent pas trop facilement permettre à une femme de se séparer d'habitation de son mari, à qui Dieu l'a unie ; mais lorsqu'il y a de justes causes, ils doivent le lui permettre; car, selon les règles de l'ordre politique, on doit, non pas faire, mais permettre un moindre mal pour en éviter un plus grand. Or il n'est pas douteux que la discorde et les querelles qui arrivent tous les jours entre le mari et la femme, si on les laisse ensemble, font un bien plus grand mal que leur séparation : on doit donc, pour l'éviter, permettre à la femme de se séparer d'habitation de son mari, lorsqu'il y a pour cela de justes causes.

Quelles sont ces justes causes? C'est ce qui n'est pas facile à déterminer. On peut bien dire, en général, qu'on doit séparer d'habitation une femme, lorsqu'elle a considérablement à souffrir de l'aversion que son mari a conçue pour elle, et qu'il n'y a pas lieu de s'attendre à une réconciliation sincère; mais il n'est pas facile de déterminer le degré de ce qu'elle doit avoir à souffrir, pour qu'il y ait lieu à la séparation, ni d'appliquer ce principe aux différentes circonstances dans lesquelles se donnent les demandes en séparation.

C'est pourquoi on doit laisser entièrement à l'arbitrage et à la prudence du juge, les causes de séparation. Il ne doit être ni trop facile à l'accorder pour des dissentions passagères, ni trop difficile, lorsqu'il aperçoit dans les parties une antipathie et une haine invétérée, que la cohabitation ne pourroit qu'augmenter, si on les laissoit ensemble.

509. Les mauvais traitements que le mari exerce envers sa femme, lorsqu'ils ont été jusqu'à la frapper, ou à la poursuivre pour la frapper, sont une des causes les plus ordinaires de séparation.

Le pape Innocent III regarde cette cause comme une juste cause de séparation d'habitation, lorsqu'il dit au *chap.* 13, *ext. de rest. spol.* vers la fin : *Si tanta sit viri sævitia, ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri, non solùm non debet ei restitui, sed ab eo potiùs amoveri.*

Le juge, par rapport à cette cause de séparation, doit avoir égard à plusieurs circonstances. 1° Il doit avoir égard à la qualité des parties. Un soufflet ou un coup de poing qu'un homme aura donné à sa femme, qui pourroit être une cause de séparation entre des personnes de condition hon-

nête, n'en sera pas une entre des gens du bas-peuple, à moins qu'il n'aient été souvent réitérés. 2° Il doit entrer en considération, si c'est à propos de rien ou pour des sujets légers que le mari s'est porté à ces excès, ou si ce n'est qu'après que sa femme avoit, par des discours outrageans, poussé sa patience à bout. 3° Enfin, si c'est dans une occasion unique que l'homme s'est porté à ces excès, avant laquelle les parties avoient toujours vécu en bonne union, le juge, selon les différentes circonstances, doit être plus ou moins facile à accorder la séparation.

510. Les mauvais traitements d'un homme envers sa femme, quoiqu'ils n'aient pas été jusqu'à la frapper, ni même jusqu'à tenter de la frapper, peuvent néanmoins être assez considérables pour être une juste cause de séparation. L'espèce se présenta il y a environ une vingtaine d'années, dans une cause sur une demande en séparation d'habitation, que la femme d'un trésorier de France avoit donnée contre son mari. Le mari n'avoit jamais frappé sa femme, ni tenté de la frapper; mais, dès la première année de leur mariage, et pendant toutes celles qui avoient suivi, il n'avoit cessé de lui témoigner le plus grand mépris, dans toutes les occasions, devant les personnes qui fréquentoient la maison, devant les domestiques, et même devant leurs enfants communs, que le père excitoit à se moquer de leur mère. La preuve de ces faits ayant été faite par l'enquête de la femme, il intervint sentence du baillage d'Orléans, qui la sépara d'habitation; et cette sentence a été depuis confirmée par arrêt contradictoire. Un tel mépris inspiré aux enfants communs, est infiniment plus sensible à une femme d'une condition honnête, que ne le seroient des coups que son mari lui auroit donnés dans quelque emportement.

511. On peut aussi mettre au nombre des justes causes de séparation, le refus que feroit un mari, par dureté envers sa femme, de lui fournir, dans un état d'infirmité, les choses les plus nécessaires à la vie, quoiqu'il eût le moyen de les lui fournir.

Observez que lorsque la séparation est demandée pour cette cause, le juge ne doit pas la prononcer d'abord; mais qu'il doit, par une première sentence, condamner le mari à fournir à sa femme les choses qu'elle demande, qu'il jugera lui être nécessaires : ce n'est que faute par le mari d'exé-

cuter cette première sentence, qu'il prononce la séparation.

512. L'accusation d'un crime capital, intentée calomnieusement par un mari contre sa femme, est une juste cause de séparation d'habitation. C'est ce qui a été jugé par un arrêt de 1716, rapporté ou cité par tous les auteurs.

La même chose avoit déjà été jugée par arrêt du 16 juillet 1695, sur les conclusions de M. d'Aguesseau, dans la cause du sieur Delastre, contre Marie Courtin sa femme. Dans l'espèce de cet arrêt, Delastre avoit formé contre sa femme l'accusation de supposition de part (*crimen suppositi partûs*); la femme, de son côté, outrée de cette calomnie, avoit donné contre son mari une demande en séparation d'habitation. L'arrêt qui intervint, jugea l'accusation calomnieuse, et sépara la femme d'habitation. La cour ne jugea pas nécessaire la preuve de plusieurs faits que la femme alléguoit pour fonder sa demande en séparation; l'accusation calomnieuse formée contre elle par son mari, parut seule être une cause plus que suffisante pour la fonder. En effet, cette injure doit être plus sensible à une femme, que ne le seroient les sévices les plus cruelles que son mari auroit exercées contre elle; et d'ailleurs une femme a tout à craindre en demeurant avec un homme qui s'est porté envers elle à de pareilles extrémités.

« Pourra-t-on, disoit M. d'Aguesseau, refuser à une femme » accusée faussement d'un crime capital, la juste satisfaction » de se séparer pour toujours d'un mari qui a voulu la déshonorer par une calomnie atroce? L'obligera-t-on à soutenir pendant toute sa vie la présence de son accusateur, et » les exposera-t-on l'un et l'autre à toutes les suites funestes » d'une société malheureuse, qui feroit le supplice de l'innocent encore plus que du coupable »? Voyez le plaidoyer de M. d'Aguesseau, qui est le trente-quatrième, au troisième tome de ses œuvres.

513. Le chapitre *Quæsivit, ext. de divort.* rapporte une autre cause de séparation d'habitation, qui est le cas auquel le mari auroit fait profession ouverte d'hérésie, à cause du danger que la femme court que son mari ne la pervertisse. Cette décrétale ne peut recevoir aujourd'hui d'application en France, où il n'y a plus qu'une religion.

514. Ni l'épilepsie, quelque violens qu'en soient les accès,

ni aucune autre maladie du mari, quoique contagieuse, ne peut être pour la femme une cause de séparation d'habitation: elle est obligée de demeurer avec son mari dans cet état; de même que si pareille maladie étoit arrivée à la femme, son mari ne pourroit pas pour cela la renvoyer.

Il en est de même d'une difformité, quelque grande qu'elle soit, qui seroit survenue à l'un des conjoints, telle que celle que cause un cancer au visage, qui est ouvert. On peut appliquer ici ce que dit Ulpien, quoique dans un cas différent: *Quid enim tam humanum est, quàm fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri participem esse;* l. 22, §. 7, ff. *solut matrim.*

Ces principes sont conformes à la décision du pape Alexandre III, par rapport à la maladie de la lèpre, qui étoit commune de son temps : *Quoniam,* dit ce pape, *vir et uxor una caro sint, et non debeat alter sinè alterâ esse diutiùs, mandamus ut uxores viros et viri uxores qui lepræ morbum incurrunt, sequantur, etc.; cap. 1, ext. de conjug. lepros.*

Le mal vénérien, quoiqu'il y ait de forts soupçons que le mari se l'est attiré par ses débauches, peut encore moins servir de fondement à une demande en séparation; ce mal n'étant plus aujourd'hui un mal incurable, mais un mal que presque tous les chirurgiens savent guérir.

515. La perte que le mari a faite de sa raison, quoiqu'il soit dans le cas d'être enfermé, n'est pas une cause de demande en séparation d'habitation : la femme peut seulement en ce cas poursuivre l'interdiction de son mari. Cette interdiction est ordonnée par le juge, sur un avis de famille. On nomme à cet interdit un curateur, et c'est ordinairement à la femme qu'on défère cette curatelle. Le juge ordonne même, s'il en est besoin, qu'il sera enfermé : mais cela n'opère aucune séparation; la communauté continue, et cet interdit continue d'en être le maître.

516. Les adultères commis par le mari, ne peuvent servir à une femme de fondement pour une demande en séparation d'habitation : les femmes ne sont pas admises dans les tribunaux à la preuve de ces faits; au lieu qu'au contraire, l'homme est reçu à former contre sa femme l'accusation d'adultère, comme nous le verrons en l'article suivant. C'est ce dont se plaint, dans Juvénal, une certaine *Laronia*

*Dat veniam corvis* (dit-elle), *vexat censura columbas.* Sat. 2, 63.

La raison de différence est évidente : l'adultère que commet la femme est infiniment plus contraire au bon ordre de la société civile, puisqu'il tend à dépouiller les familles, et à en faire passer les biens à des enfants adultérins qui y sont étrangers; au lieu que l'adultère commis par le mari, quoique très-criminel en soi, est à cet égard sans conséquence. Ajoutez qu'il n'appartient pas à la femme, qui est une inférieure, d'avoir inspection sur la conduite de son mari, qui est son supérieur. Elle doit présumer qu'il lui est fidèle, et la jalousie ne doit pas la porter à faire des recherches de sa conduite.

### §. II. Comment s'obtient la séparation d'habitation.

517. La femme ne peut obtenir la séparation d'habitation que par une sentence du juge, rendue en grande connoissance de cause. Un acte reçu par des notaires, par lequel une femme exposeroit tous les faits pour lesquels elle demande la séparation, et par lequel le mari, de son côté, reconnoîtroit la vérité de ces faits, et consentiroit par conséquent à la séparation, seroit un acte absolument nul, qui ne produiroit aucun effet. L'engagement du mariage étant formé par Dieu lui-même, non-seulement il est indissoluble, mais il ne doit pas même être permis aux parties qui l'ont contracté, de donner la moindre atteinte aux effets qu'il doit produire, sans de grandes causes, dont le mérite doit être examiné et reconnu par le juge.

518. La femme qui veut obtenir la séparation d'habitation, doit donc se pourvoir devant le juge à qui elle doit donner une requête, dans laquelle elle expose les faits sur lesquels elle se fonde pour l'obtenir; demander permission d'assigner son mari à cette fin, et cependant demander à être autorisée, pendant le cours du procès, à se retirer dans une communauté, ou dans un autre lieu décent qui lui sera indiqué par son mari, sinon par le juge.

Le juge devant qui la femme doit se pourvoir, est le juge séculier du lieu du domicile de son mari. Le juge ecclésiastique est incompétent; il n'a droit de connoître que des causes dans lesquelles il s'agit *de fœdere matrimonii*, dont il ne s'agit pas dans une demande en séparation d'habitation, cette séparation laissant subsister le lien du mariage; d'ailleurs la demande en séparation d'habitation renferme aussi

celle en séparation de biens : or, toutes les matières qui concernent les biens, sont matières profanes, dont les juges d'église ne peuvent connoître sans abus.

Le mari, assigné aux fins de la requête de sa femme, doit lui faire remettre dans le lieu où elle s'est retirée, les habits et le linge dont elle a besoin pour son usage; et il doit lui payer sa pension pendant le cours du procès : en cas de refus, le juge doit l'y condamner,

519. La cause étant portée à l'audience, si les faits exposés par la femme ne sont pas trouvés suffisants pour donner lieu à une séparation d'habitation, on donne congé de la demande; s'ils sont trouvés suffisants, on rend un appointement, par lequel on permet à la femme de faire la preuve par témoins des faits par elle exposés, sauf au mari à faire la preuve contraire.

Dans les affaires ordinaires, lorsque le défendeur convient des faits que le demandeur a allégués pour le fondement de sa demande, les faits sont tenus pour avérés, sans qu'il soit besoin en ce cas que la preuve en soit ordonnée par le juge, qui n'a plus d'autre examen à faire, que de voir si les faits, en les regardant comme constants et avérés, sont suffisants pour fonder la demande. Il en est autrement à l'égard de la demande en séparation : cette séparation ne pouvant se faire que pour de grandes causes, et n'étant pas permis aux parties de se séparer par un mutuel consentement, la collusion qui est à craindre entre la femme et son mari, qui convient des faits par elle allégués, doit empêcher le juge de tenir les faits pour avérés; et il doit en ordonner la preuve, quoique le mari en soit convenu.

520. Lorsqu'il a éclaté un commencement de rupture entre un mari et une femme, qui a été suivi d'une réconciliation, les faits de mauvais traitements qui ont précédé ce commencement de rupture, sont couverts par la réconciliation, qui rend la femme non-recevable à s'en plaindre. C'est pourquoi la femme ne doit pas par la suite être écoutée dans une demande en séparation, si ce n'est pour des faits nouveaux qui se soient passés depuis la réconciliation.

A plus forte raison, lorsque la femme a donné une première demande en séparation d'habitation, dont son mari a obtenu le congé, elle ne peut être recevable à en donner une nouvelle, si ce n'est pour de nouveaux faits qui se soient pas-

sés depuis la sentence; autrement le mari peut lui opposer l'exception *rei judicatæ*.

521. Lorsque la femme a été reçue à la preuve des faits par elle allégués pour fonder sa demande en séparation, et qu'elle a fait en conséquence son enquête, le juge, sur cette enquête, et sur celle du mari, s'il en a fait aussi une, rend son jugement; et, s'il trouve les faits suffisamment justifiés, il prononce par ce jugement la séparation d'habitation demandée par la femme. Si, au contraire, les faits ne sont pas justifiés, il donne congé de la demande de la femme, et la condamne à retourner avec son mari. Quelquefois il lui accorde un court délai, comme de six mois, pour y retourner, afin que le ressentiment que le mari peut avoir de la demande donnée contre lui par sa femme, puisse se calmer pendant ce délai, pendant lequel la femme doit rester en couvent. Nous trouvons ce tempérament adopté par un arrêt du 4 mai 1695, rapporté au cinquième tome du Journal des Audiences.

### §. III. Des effets de la séparation d'habitation.

522. Lorsque la séparation d'habitation a été prononcée par un jugement dont il n'y a pas d'appel, ou lorsque, sur l'appel, le jugement de séparation a été confirmé, l'effet de cette séparation est que la femme est par là déchargée de l'obligation qu'elle avoit contractée par le mariage, de demeurer avec son mari, et de lui rendre le devoir conjugal : elle a le droit en conséquence de s'établir, où elle voudra, un autre domicile que celui de son mari.

La séparation d'habitation emporte avec elle celle des biens; elle fait perdre au mari le droit qu'il avoit sur les biens de sa femme, qui peut en conséquence le poursuivre pour la restitution de sa dot.

Lorsqu'il y avoit communauté de biens, la séparation d'habitation en opère la dissolution. La femme peut en conséquence poursuivre son mari pour faire un inventaire des biens de la communauté; elle a le choix de l'accepter ou d'y renoncer; et, en cas d'acceptation, elle a le droit d'en poursuivre le partage.

523. Au reste, la séparation d'habitation, comme nous l'avons déjà dit, ne rompt pas le lien du mariage; elle donne seulement atteinte aux effets qu'il produit. Le mari conserve,

même encore après la séparation d'habitation, quelque reste de la puissance maritale : la femme séparée ayant besoin, pour les actes qui tendroient à l'aliénation de ses immeubles, de l'autorisation de son mari, ou, sur son refus, de celle du juge, qui en est représentative; la séparation ne dispensant la femme de l'autorisation que pour les actes qui ne concernent que la simple administration de ses biens.

524. Tous les effets de la séparation cessent lorsque la femme séparée d'habitation est volontairement retournée avec son mari. Le mari rentre dans tous ses droits sur la personne et les biens de sa femme; la communauté de biens, qui étoit entre les conjoints, est rétablie de plein droit. Tout ce qui a été acquis de part et d'autre pendant que la séparation a duré, y entre comme si elle n'avoit jamais été dissoute; et la séparation d'habitation, quelque exécution qu'elle ait eue, et quelque long-temps qu'elle ait duré, est regardée comme non avenue; sauf que les actes faits par la femme pendant que la séparation a duré, subsistent, lorsque ce sont des actes que la séparation lui donnoit droit de faire, tels que sont des baux de ses biens, etc.

### ARTICLE II.

#### De la séparation d'habitation qui intervient sur la demande du mari.

525. Le cas auquel il intervient une séparation d'habitation sur la demande du mari, est lorsque, sur la plainte du mari, la femme est déclarée atteinte et convaincue du crime d'adultère.

526. Selon notre droit françois, le mari seul est reçu à intenter l'accusation de ce crime contre sa femme.

Lorsque le mari est mort sans l'avoir intenté, ses héritiers ne sont pas recevables à opposer ce crime à la veuve, et à demander à en faire la preuve, pour se défendre de lui payer son douaire.

Si le mari avoit intenté l'accusation, et qu'il fût mort pendant le cours de l'accusation, sans s'en être désisté, il n'est pas douteux que ses héritiers seroient reçus en ce cas à reprendre l'instance. Cela est conforme à cette règle de droit, *Omnes actiones quæ tempore aut morte pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent*; l. 139, ff. *de Reg. Jur.*

Mais lorsque le mari s'est désisté de son vivant, ou lorsqu'il

a déclaré qu'il pardonnoit à sa femme, ses héritiers ne sont pas recevables à reprendre les poursuites. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 10 juin 1650, rapporté par Soefve, *tome* 1, *cent.* 3, *chap.* 43. Dans l'espèce de cet arrêt, le mari, après avoir obtenu sentence qui déclaroit sa femme convaincue d'adultère, pendant les poursuites sur l'appel de la sentence interjeté par la femme, avoit fait son testament, par lequel il déclaroit qu'il pardonnoit à sa femme la faute qu'elle avoit commise envers lui, en protestant néanmoins que l'enfant dont elle étoit enceinte, n'étoit pas de lui. Cet homme étant mort, son frère demanda à reprendre l'instance, et se porta héritier sous bénéfice d'inventaire de son frère. Il fut déclaré par cet arrêt non-recevable ; et le même arrêt infirma la sentence qui avoit entériné les lettres par lesquelles il s'étoit porté héritier, au préjudice de l'enfant dont la veuve étoit accouchée.

Lorsque le mari ne se plaint pas, le ministère public n'est pas même reçu à intenter cette accusation, ni pendant le mariage, ni après la dissolution du mariage.

Néanmoins lorsqu'il y a scandale et prostitution publique, sur-tout lorsque le mari est complice de la prostitution de sa femme, le ministère public peut donner la plainte.

Lorsque le mari a intenté l'accusation d'adultère contre sa femme et contre l'adultère de sa femme, cette accusation, sur l'intervention du ministère public, s'instruit à l'extraordinaire, par récolement et confrontation.

527. La peine qui est en usage dans notre droit contre la femme convaincue d'adultère, et que nous avons tirée de la novelle de Justinien, est la réclusion dans un monastère, où son mari peut la voir et visiter, et au bout de deux ans, l'en faire sortir pour la reprendre et la recevoir chez lui ; sinon, ledit temps passé, faute par son mari de la reprendre, elle doit être rasée, et rester dans ledit couvent le reste de ses jours. On la déclare en outre déchue de ses dot, douaire et conventions matrimoniales.

C'est la jurisprudence des arrêts rendus sur cette matière, qui a été suivie récemment par un arrêt du 5 juin 1766, rendue contre la nommée Marie-Catherine Broquin, femme du nommé Jacques Cagé. Par ledit arrêt, le nommé Lozier, qui étoit l'adultère de ladite femme, a été condamné à un bannissement de trois ans.

Observez que la peine de la réclusion à perpétuité, prononcée contre une femme convaincue d'adultère, n'empêche pas qu'après la mort de son mari, sur la plainte duquel elle a été condamnée, elle ne puisse sortir du lieu de sa réclusion, lorsqu'elle trouve à se marier à un autre homme : elle doit donner pour cela sa requête au juge. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 21 juin 1684, rapporté au quatrième tome du Journal des Audiences, sur les conclusions de M. Talon, qui dit que cette peine de réclusion à laquelle une femme adultère étoit condamnée, n'emportoit pas la mort civile, et ne la rendoit pas incapable de mariage; en quoi notre jurisprudence est différente des lois romaines, qui déclaroient incapables de mariage les femmes qui avoient été condamnées pour crime d'adultère.

Ceux qui seront curieux de savoir quelles ont été chez les Romains, dans les différents temps, les peines contre les femmes adultères, et leurs adultères, peuvent voir ce que nous en avons dit au titre *ad leg. Jul. adult.*, en notre ouvrage, *Pandectœ Justinianœ,* où nous avons traité au long cette matière.

# SEPTIÈME PARTIE.

Des seconds mariages, et de l'édit des secondes noces.

## CHAPITRE PREMIER.

### Des seconds mariages.

528. Il est permis, soit à un homme, soit à une femme, de contracter plusieurs mariages, pourvu qu'ils ne les contractent que successivement, et après la dissolution des précédents. C'est ce qu'enseigne clairement S. Paul : *Mulier alligata est legi, quanto tempore vir ejus vivit : quòd si dormierit vir ejus, liberata est ; cui vult nubat, tantùm in Domino. I. ad Corinth., cap. 7.*

Il y a eu néanmoins des hérétiques qui se donnoient le nom de *Cathares*, ou de *Purs*, qui, nonobstant ce texte formel de S. Paul, condamnoient les seconds mariages. Le concile de Nicée, *can.* 8, défend de les admettre à rentrer dans l'église, s'ils n'abjurent par écrit cette erreur.

529. L'église permet non-seulement de contracter un second mariage, mais autant qu'on jugera à propos d'en contracter, sans en fixer le nombre, pourvu qu'on ne les contracte que successivement, et après la dissolution des précédents. C'est ce qu'enseigne S. Augustin : *Apostolus dicens, si dormierit vir ejus, non dicit primus, vel secundus, vel quotus; nec nobis definiendum est quod non definit apostolus : undè nec ullas debes damnare nuptias, nec eis verecundiam numerositatis inferre;* Aug. *de bon. Vid. cap.* 11, *caus.* 31, *quæst.* 2, *can.* 13.

On doit donc regarder comme un sentiment outré, celui de saint Basile, qui, dans sa lettre canonique à Amphiloque, *can.* 50, dit que les troisièmes et ultérieurs mariages sont plutôt tolérés que permis: qu'ils sont tolérés comme un moindre mal, pour en éviter un plus grand; savoir :

le péché de fornication, auquel seroient, sans cela, exposées les personnes qui ont de la peine à garder la continence : *Trigamiæ lex non est, quare lege tertium matrimonium non approbatur : verumtamen ea, ut ecclesiæ inquinamenta, videmus, sed publicis condemnationibus non subjicimus, ut quæ, solutâ ac profusâ fornicatione, sunt magis expetenda.*

550. Chez les Romains, une veuve pouvoit bien à la vérite passer à un second mariage après la mort de son mari; mais elle devoit attendre pour cela qu'il se fût écoulé un an depuis la mort de son mari : et si elle se remarioit plutôt, elle encouroit de plein droit la peine de l'infamie. La principale raison de cette défense, étoit *propter turbationem sanguinis*; l. 11, §. 1, ff. *de his qui not. infam.*, à cause de l'inconvénient qui pouvoit arriver, qu'il fût incertain si l'enfant qui naîtroit de cette femme, étoit l'enfant de son premier mari défunt, ou du second.

Nous n'avons point suivi en France sur ce point le droit civil, et nous avons préféré à cet égard la diposition du droit canonique, qui permet aux veuves de se remarier sans attendre ce temps, aussitôt qu'elles le jugeront à propos; *cap. 4 et 5, ext. de sec. nupt.*

Observez qu'en adoptant dans notre droit la disposition de ces décrétales, nous sommes bien éloignés d'approuver la raison sur laquelle les papes, auteurs de ces décrétales, fondent leur décision, qui est que saint Paul ayant permis aux femmes de se remarier après la mort de leur mari, les lois séculières ne doivent pas restreindre une permission que saint Paul leur a donnée. C'est un fort mauvais raisonnement. Saint Paul, en permettant aux veuves de se remarier après la mort de leur mari, n'entend le leur permettre qu'en se conformant, à cet égard, aux lois de la puissance séculière. Ce grand apôtre, qui recommande si clairement l'obéissance aux lois des princes, lorsqu'il dit : *Omnis anima sublimioribus potestatibus subdita sit*, étoit bien éloigné, en permettant aux veuves de se remarier, de le leur permettre autrement que conformément à la loi romaine, à laquelle elles étoient sujettes. Ce ne sont donc point les mauvaises raisons employées par ces papes dans ces décrétales, qui nous en ont fait admettre la disposition ; mais c'est parce que nous avons trouvé qu'il étoit assez inutile d'obliger une femme à attendre une année pour se remarier, et qu'au contraire il y avoit très-

souvent des cas auxquels une veuve ne pouvoit attendre un aussi long temps, sans se causer un grand préjudice; comme lorsqu'une veuve se trouve, à la mort de son mari, chargée d'un gros labour, ou d'un gros commerce, qu'elle ne peut soutenir sans le secours d'un second mari.

Mais dans les états où la loi civile ne permet aux femmes de passer à un autre mariage qu'après un certain temps, comme dans les états du roi de Prusse, où, par le code Frédéric, il est défendu aux veuves de se remarier avant un temps de neuf mois écoulés, si ce n'est avec une dispense du roi, une veuve catholique, dans ces états, qui se remarieroit avant ce temps, se rendroit coupable, non-seulement dans le for extérieur, mais dans celui de la conscience, et devant Dieu, nonobstant les décrétales ci-dessus citées.

531. Il nous reste à observer, à l'égard des seconds et ultérieurs mariages, que quoique l'église les ait toujours permis, elle les a néanmoins regardés comme défavorables, et suspects du motif d'incontinence; c'est pourquoi on soumettait autrefois à la pénitence les personnes qui les contractoient; *Conc. Neocesar., can.* 3 : *Non quòd peccent,* dit Baron, *ad ann.* 314, *n.* 91, *sed quòd suam incontinentiam manifestent.*

C'est pour cette raison que, selon plusieurs rituels, on ne prononce pas sur les seconds mariages la bénédiction qu'on prononce sur les premiers.

---

# CHAPITRE II.

## De l'édit des secondes noces.

532. Le roi François II a fait un édit, qui est du mois de juillet 1560, et qu'on appelle vulgairement l'*édit des secondes noces.* Cet édit est l'ouvrage du chancelier de l'Hôpital : son objet est de restreindre en faveur des enfants que des femmes ont d'un précédent mariage, les libéralités excessives qu'elles feroient aux hommes qu'elles épousent en second et ultérieurs mariages. Voici comme s'en explique l'édit dans le préambule : « Comme les femmes veuves ayant enfants, sont » souvent invitées et sollicitées à nouvelles noces, et ne con- » noissant pas être recherchées plus pour leurs biens que pour » leurs personnes, elles abandonnent leurs biens à leurs

» nouveaux maris, sous prétexte et faveur du mariage; leur » font des donations immenses, mettant en oubli le devoir » de nature envers leurs enfants, de l'amour desquels tant » s'en faut qu'elles se dussent éloigner par la mort du père, » que les voyant destitués du secours et aide de leur père, » elles devroient par tous moyens s'exercer à leur faire double » office de père et de mère; desquelles donations, outre les » querelles et divisions entre les mari et enfants, s'ensuit la » diminution des bonnes familles, et conséquemment diminution de la force de l'état public; à quoi les empereurs » ont voulu pourvoir par plusieurs bonnes lois et constitutions, sur ce par eux faites; et nous, entendant l'infirmité » du sexe, avons loué et approuvé icelles lois; et en ce faisant, avons dit, statué, etc. »

Cet édit contient deux chefs ou dispositions. Nous traiterons du premier chef dans une première section; du second, dans une seconde. Nous parlerons dans une troisième, d'une extension que la coutume de Paris et quelques autres ont faite à l'édit.

## SECTION PREMIÈRE.

### Du premier chef de l'édit des secondes noces.

533. Le premier chef de l'édit est conçu en ces termes : » Ordonnons que les femmes veuves, ayant enfant ou enfants, » ou enfants de leurs enfants, si elles passent à nouvelles » noces, ne pourront, en quelque façon que ce soit, donner » de leurs biens, meubles, acquêts, ou acquis par elles, » d'ailleurs que de leur premier mari, ni moins leurs propres, à leurs nouveaux maris, père, mère ou enfants desdits maris, ou autres personnes qu'on puisse présumer être » par dol ou fraude interposées, plus que l'un de leurs enfants, ou enfants de leurs enfants; et s'il se trouve division » inégale de leurs biens, faite entre leurs enfants, ou enfants » de leurs enfants, les donations par elles faites à leurs nouveaux maris, seront réduites et mesurées à la raison de celui » des enfants qui aura le moins. »

A la fin de l'édit, il est porté : « N'entendons par ce présent » notre édit bailler auxdites femmes plus de pouvoir et liberté de donner et disposer de leurs biens, qu'il ne leur est » loisible par les coutumes des pays, auxquelles par ces présentes n'est dérogé, etc. »

Ce premier chef de l'édit est tiré de la loi *Hâc edictali*, 6, *cod.* de secundis nuptiis : *Hâc edictali lege in perpetuum valiturâ sancimus*, disent les empereurs Léon et Anthème, *si ex priore matrimonio procreatis liberis, pater materve ad secunda vel tertia aut ulteriora repetiti matrimonii vota migraverit, non sit ei licitum novercæ vel vitrico.... hereditatis jure, sive legati, sive fideicommissi titulo plus relinquere, nec dotis aut ante nuptias donationis nomine, seu mortis causâ, habitâ donatione, conferre, nec inter vivos.... quàm filio vel filiæ, si unus vel una extiterit. Quòd si plures liberi fuerint, singulis æquas partes habentibus, minimè plus quàm ad unumquemque eorum pervenerit, ad eorum liceat vitricum novercamve transferri; sin autem non æquis portionibus ad eosdem liberos memoratæ transierint facultates, tunc non liceat plus eorum novercæ vel vitrico relinquere vel donare.... quàm filius vel filia habet, cui minor pars data fuerit; itâ tamen ut quarta pars quæ eis liberis debetur, nullo modo minuatur.... quam observationem in personis etiam avi vel aviæ, proavi et proaviæ, nepotum vel neptium, sive ex potestate sint, sive emancipati, ex paternâ vel maternâ lineâ venientibus, custodiri censemus.... Sin verò plus quàm statutum est, novercæ vel vitrico relictum, vel donatum aut datum fuerit, id quod plus relictum vel donatum aut datum fuerit, tanquam nôn scriptum neque derelictum, vel donatum aut datum sit, ad personas deferri liberorum, et inter eos dividi jubemus; omni circumscriptione, si quæ per interpositam personam vel alio quocumque modo fuerit excogitata, cessante.*

Pour l'intelligence de ce premier chef de l'édit, nous verrons dans un premier article, quelles sont les personnes auxquelles la défense est faite, et quelles sont celles auxquelles il leur est défendu de donner : dans un second article, quelles donations et quels avantages sont sujets à la réduction de l'édit : dans un troisième, en quels cas il y a lieu à la réduction; et dans un quatrième, quels enfants peuvent demander la réduction. Dans un cinquième, nous verrons quelles actions ont les enfants pour demander cette réduction : dans un sixième article, comment et à quel titre se partagent les biens retranchés, et entre quelles personnes. Nous traiterons dans un septième et dernier article, des donations de parts d'enfants.

ARTICLE PREMIER.

Quelles sont les personnes auxquelles la défense de l'édit est faite; quelles sont celles auxquelles il leur est défendu de donner.

§. I. Quelles sont les personnes auxquelles la défense de l'édit est faite.

534. Les personnes auxquelles la défense de l'édit est faite, sont les femmes veuves, *ayant enfant ou enfants*, qui se remarient. Il résulte de ces termes, *enfant ou enfants*, que les femmes veuves qui se remarient, sont comprises dans la défense de l'édit, soit qu'elles aient plusieurs enfants de leurs précédents mariages, soit qu'elles en aient seulement un.

On ne compte néanmoins que ceux qui sont habiles à succéder. Une femme qui n'a qu'un enfant qui ayant perdu l'état civil, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation capitale, est inhabile à lui succéder, est censée n'en avoir aucun, et n'est pas en conséquence comprise dans la défense de l'édit.

535. L'édit ajoute, *ou enfants de leurs enfants*. Il résulte de ces termes, que quand même les enfants que la femme qui se remarie aurait eus de ses précédents mariages, seroient tous prédécédés, il suffit qu'il lui reste quelque descendant de quelqu'un desdits enfants, pour qu'elle soit comprise dans la défense de l'édit.

536. *Quid*, si la femme qui se remarie n'avoit aucun enfant, ni enfant de ses enfants, mais qu'elle, ou quelqu'une de ses brus, fût grosse d'un posthume qui naquît par la suite? Suivant la maxime du droit, *Qui in utero est, pro jam nato habetur, quoties de commodo ejus agitur;* l. 7, ff. *de stat. hom.* l. 231, ff. *de verb. sign.;* le posthume dont cette femme ou sa bru étoit grosse, est censé avoir déjà été au monde lorsqu'elle s'est remariée : elle est censée avoir eu dès ce temps cet enfant ou petit-enfant, et par conséquent elle est comprise dans les termes de l'édit, *femmes veuves ayant enfant, ou enfants de leurs enfants.*

537. Un homme veuf qui se remarie ayant quelque enfant ou petit-enfant de ses précédents mariages, est-il censé compris dans la défense portée par ce premier chef de l'édit? La raison de douter, étoit que l'édit étant une loi qui contient des peines, et qui restreint la liberté naturelle, est, dit-on,

une loi pénale, qui n'est pas par conséquent de nature à recevoir extension : l'édit n'ayant parlé dans ce premier chef, que des femmes, il ne doit pas, dira-t-on, être étendu aux hommes, d'autant plus que dans le préambule, le législateur, par ces termes, *nous entendant l'infirmité du sexe*, se fonde sur une raison qui est particulière aux femmes. Enfin l'édit ayant expressément compris les hommes dans le second chef de ses dispositions; et, au contraire, n'ayant, dans ce premier chef, parlé que des femmes, il semble que le législateur n'ait pas voulu y comprendre les hommes, puisque s'il eût voulu les y comprendre, il s'en seroit expliqué, comme il a fait dans le second chef.

Nonobstant ces raisons, les arrêts rapportés par Chopin, Mornac et Bacquet, ont jugé que le premier chef de l'édit avoit lieu à l'égard des hommes qui se remarient, de même qu'à l'égard des femmes, et cela n'est plus révoqué en doute. La raison est qu'on ne doit pas regarder cet édit comme une loi pénale, et non susceptible d'extension; mais, au contraire, comme une loi très-favorable, suivant qu'il paroit par les motifs qui sont expliqués dans le préambule de l'édit, motifs qui, convenant aux hommes qui se remarient, aussi bien qu'aux femmes, doivent faire étendre la loi aux hommes. D'ailleurs, dans le préambule de l'édit, le législateur dit qu'il l'a fait en approuvant et adoptant les constitutions des empereurs romains faites sur cette matière : or, la loi *hâc edictali*, des empereurs Léon et Anthème, que nous avons ci-dessus rapportée, et d'où est tiré le premier chef de l'édit, comprend expressément dans sa disposition l'homme qui se remarie.

### §. II. Quelles sont les personnes auxquelles l'édit défend de donner.

538. L'édit défend aux femmes qui se remarient ayant quelque enfant ou petit-enfant de leurs précédents mariages, de donner aux hommes qu'elles épousent en second ou ultérieur mariage, plus que ce qui est porté par l'édit; et il est pareillement censé défendre aux hommes qui se remarient, ayant quelque enfant de leur précédent mariage, de donner aux femmes qu'ils épousent en second ou ultérieur mariage, plus que ce qui est porté par l'édit.

Lorsqu'une femme ayant un ou plusieurs enfants d'un premier mariage, épouse successivement plusieurs maris en

second, troisième ou ultérieurs mariages; ou lorsqu'un homme, ayant un ou plusieurs enfants d'un premier mariage, épouse successivement plusieurs femmes en second, trosième ou ultérieurs mariages, ce n'est pas à chacun des maris que cette femme a épousés successivement en second, troisième et ultérieurs mariages, ni à chacune des femmes que cet homme a épousées successivement en second, troisième et ultérieurs mariages; mais c'est à tous les seconds et ultérieurs maris ensemble, ou à toutes les secondes et ultérieures femmes ensemble, qu'il est défendu de donner plus que la valeur de la part d'un enfant le moins prenant; de manière que lorsqu'une femme a donné à son second mari, elle ne peut donner au troisième que ce qu'elle a donné de moins au second, que la valeur du montant de la part de l'enfant le moins prenant; et si elle a déjà donné au second mari la valeur entière du montant de cette part, elle ne peut plus rien donner au troisième : et il en est de même de l'homme qui a donné à sa seconde femme; il ne peut rien donner à la troisième, qu'autant que ce qu'il a donné à la seconde seroit au-dessous de la valeur du montant de la portion de l'enfant le moins prenant.

539. Ce n'est pas seulement au second et aux ultérieurs maris que l'édit défend de donner; il ajoute, *père, mère, ou enfants desdits maris, ou autres personnes qu'on puisse présumer être par dol ou fraude interposées.*

C'est avec raison que l'édit défend de donner aux père et mère des seconds et ultérieurs maris; car autrement l'édit ne manqueroit pas d'être éludé; les seconds et ultérieurs maris feroient donner à leurs père et mère ce qu'ils ne pourroient se faire donner à eux-mêmes. D'ailleurs ce qui est donné à leurs père et mère, leur est censé donné indirectement, puisque devant, selon l'ordre de la nature, succéder aux biens de leurs père et mère, ils le retrouveroient un jour dans leur succession.

L'édit, sous les termes de *père* et *mère*, est-il censé avoir compris tous les parents de la ligne directe ascendante? Je le crois : cet édit, qui a pour objet de conserver à des enfants la succession de leur mère, est très-favorable; et les mêmes raisons qui ont fait comprendre dans la prohibition de l'édit les père et mère, militent également à l'égard des autres parents de la ligne ascendante. Dans ces cas, tous les parents

de la ligne directe ascendante sont censés compris sous les termes de père et mère : *Patris nomine, avus quoque demonstrari intelligitur;* l. 201, ff. *de verb. sign. Appellatione* PARENTIS *non tantùm pater, sed etiam avus et proavus, et deinceps omnes superiores continentur;* l. 51, ff. *d. tit.*

540. C'est aussi avec raison que l'édit comprend dans sa prohibition les enfants des seconds et ultérieurs maris ; sans cela la disposition de l'édit seroit éludée : les seconds et ultérieurs maris feroient donner à leurs enfants ce qu'ils ne pourroient se faire donner à eux-mêmes. La tendresse paternelle leur fait réputer donner à eux-mêmes ce qui est donné à leurs enfants : *Quod donatur filio, videtur donatum patri.*

L'édit, sous le terme d'*enfants*, comprend aussi les petits-enfants, et toute la ligne directe descendante.

Ce sont proprement les enfants que les seconds ou ultérieurs maris ont de leurs précédents mariages, qui sont compris dans la prohibition de l'édit. A l'égard des enfants communs de la femme qui s'est remariée, et de son second mari, ces enfants étant les enfants de la donatrice, ont par eux-mêmes une qualité qui leur peut faire mériter l'affection de leur mère.

Cela doit sur-tout avoir lieu, lorsque la donation ne leur a été faite que depuis qu'elle les a mis au monde. Il y a plus de difficulté lorsque la femme a fait cette donation par son contrat de mariage avec le second mari, aux enfants qui naîtroient de leur mariage. Il est difficile de ne pas penser, en ce cas, qu'elle est faite plutôt en considération du second mari, que des enfants à naître de ce mariage, qui n'ont guère pu, avant qu'ils fussent au monde, mériter l'affection de la donatrice. Néanmoins les arrêtistes rapportent plusieurs arrêts qui ont jugé valables et non sujettes à l'édit ces donations faites aux enfants à naître du second mariage; *voyez Denisart, sur le mot édit des secondes noces.*

541. Les donations faites aux père et mère et aux enfants que les seconds et ultérieurs maris ont de leurs précédents mariages, n'ont été comprises dans la prohibition de l'édit que parce qu'elles sont présumées faites en considération des seconds et ultérieurs maris; c'est pourquoi elles ne doivent y être censées comprises que lorsqu'elles leur sont faites du vivant desdits seconds et ultérieurs maris. Mais si une femme, après la mort de son second mari, faisoit quelque donation

à quelqu'un des père, mère ou des enfants de ce second mari, comme la donation ne pourroit en ce cas être censée faite en considération du second mari, qui n'existoit plus, elle seroit valable, et ne seroit pas sujette à être réduite.

542. L'édit ajoute, *et autres personnes qu'on puisse présumer être par dol ou fraude interposées.*

Observez une différence entre ces *autres personnes* dont parle ici l'édit, et les père, mère et enfants des seconds et ultérieurs maris, dont il a parlé auparavant. Les donations faites à ceux-ci sont présumées faites en considération des seconds et ultérieurs maris, et en conséquence sujettes à la réduction de l'édit, par cela seul qu'ils sont parents en ligne directe descendante ou ascendante desdits seconds et ultérieurs maris; mais les donations faites *aux autres personnes*, n'y sont sujettes qu'autant que les enfants qui les attaqueroient, établiroient par des preuves, ou par des présomptions assez fortes pour équipoller à des preuves, que ces personnes ont été interposées par le second mari pour recevoir à sa place la donation, et la lui faire passer.

On peut alléguer pour exemple d'une présomption que le donataire seroit une personne interposée par le second mari, si la personne à qui la donation a été faite, proche parente du second mari, ne demeuroit pas sur le lieu, et étoit entièrement inconnue à la donatrice.

Les enfants qui supçonnent que la personne à qui leur mère a fait la donation, est une personne interposée par le second mari, peuvent, à défaut de preuves, déférer sur ce fait, au donataire, le serment décisoire.

543. Tout ce que nous avons dit des donations faites par une femme qui s'est remariée, aux père, mère ou enfants de son second ou ultérieur mari, ou à d'autres personnes par lui interposées, reçoit application à celles faites par un homme qui se remarie, aux père, mère et enfants de ses seconde et ultérieures femmes, et aux personnes par elles interposées.

## ARTICLE II.

### Quel sont les dons et avantages sujets à la réduction de l'édit.

544. Tous les dons et avantages qu'une femme fait à ses second et ultérieurs maris, ou un homme à ses seconde et

ultérieures femmes, sont sujets à la réduction de l'édit; les donations rémunératoires y sont sujettes aussi bien que les donations simples, quelque grands et signalés que soient les services, lorsque ce sont des services qui par leur nature, ou par la qualité de la personne qui les a rendus, ne sont pas appréciables à prix d'argent.

Lorsque les services en récompense desquels la donation a été faite, sont appréciables à prix d'argent, et tels que le donataire qui les a rendus, auroit pu avoir action en justice pour en demander le paiement, la donation n'est en ce cas donation, ni par conséquent sujette à la réduction de l'édit, que jusqu'à concurrence de ce dont la valeur des choses données excède la valeur du prix des services en récompense desquels la donation a été faite. Si le prix des choses données n'excédoit pas le prix des services, ce ne seroit pas une donation, mais une simple dation en paiement.

545. Les donations onéreuses sont sujettes à la réduction de l'édit, aussi bien que les donations simples, lorsque les charges imposées par la donation au donataire, sont des charges qui ne sont pas appréciables à prix d'argent.

Par exemple, si une femme de condition avoit fait une donation à son second mari, à la charge qu'il porteroit son nom, cette charge n'étant pas appréciable à prix d'argent, n'empêcheroit pas la donation d'être sujette à la réduction de l'édit.

Mais lorsque les charges imposées au donataire, sont des charges appréciables à prix d'argent, la donation onéreuse n'est donation, et n'est sujette à la réduction portée par l'édit, qu'autant et jusques à concurrence de ce dont la valeur des choses données excède le prix des charges : mais jusqu'à concurrence des charges, c'est le contrat *do ut des*, ou *do ut facias*, plutôt qu'une donation.

Il n'en est pas de même d'un legs fait par une femme à son second mari, *aut vice versâ*, dans les provinces où les lois permettent aux conjoints de se donner par testament. Si le legs impose au légataire des charges appréciables à prix d'argent, il n'est libéralité, et sujet à la réduction de l'édit, qu'autant et jusqu'à concurrence de ce dont la valeur des choses léguées excédoit le prix des charges : jusqu'à concurrence du prix des charges, c'est moins un legs fait au légataire, qu'une exécution testamentaire desdites charges, qui lui est confiée.

546. Les donations qu'une femme fait à son second mari, *aut vice versâ*, sont-elles sujettes à la réduction de l'édit, lorsqu'elles sont mutuelles et égales, tant par rapport à la valeur des biens donnés réciproquement, que par rapport au risque que la donation renferme, les personnes qui se sont fait la donation mutuelle, étant d'un âge à peu près égal, et d'un aussi bon tempérament l'une que l'autre? La raison de douter, est qu'il semble que ces donations ne sont pas tant des donations que des espèces de contrats intéressés de part et d'autre, de la classe des contrats aléatoires. La femme, en faisant à son second mari une telle donation, reçoit de lui l'équivalent de ce qu'elle lui donne. Si elle lui donne l'espérance de recueillir les biens compris dans la donation qu'elle lui fait, dans le cas où il lui survivroit, elle reçoit de lui l'équivalent, par une espérance d'égale valeur qu'il lui donne, de son côté, de recueillir les biens compris dans la sienne, dans le cas où elle lui survivroit. On peut aussi, par la même raison, dire que la femme, par une telle donation, ne fait aucun tort aux enfants de son premier mariage : car si par cette donation ils courent le risque de trouver la succession de leur mère diminuée de ce qui est compris dans sa donation, dans le cas auquel elle prédécéderoit son second mari, ils en sont indemnisés par l'espérance qu'ils acquièrent, par cette donation, de trouver la succession de leur mère, au cas qu'elle ait survécu à son mari, augmentée d'autant qu'elle eût été diminuée, si elle eût prédécédé. Cette espérance qu'ils acquièrent étant d'un prix égal au prix du risque, compense ce risque, et en indemnise les enfants.

Nonobstant ces raisons, la jurisprudence est constante, que les donations mutuelles, quelque égales qu'on les suppose, ne sont pas moins sujettes à la réduction de l'édit, que les donations simples. Ricard rapporte un arrêt célèbre du 23 mai 1586, prononcé en robes rouges, par le président Brisson, qui l'a jugé; et depuis on n'en a plus douté. La décision de cet arrêt est conforme à la lettre et à l'esprit de l'édit.

1° Elle est conforme à la lettre de l'édit. Il y est dit, *ne pourront, en quelque façon que ce soit, donner, etc.* Ces termes renferment toutes les donations, de quelque espèce qu'elles soient, et par conséquent les mutuelles aussi bien que les

simples. Il est faux que les donations mutuelles que des futurs époux se font, quelque égales qu'elles soient, ne soient pas de véritables donations : l'intention des parties leur en donne le caractère, et les distingue des contrats aléatoires. C'est l'affection réciproque que les parties ont l'une pour l'autre; c'est le bien qu'elles se veulent l'une à l'autre, qui les porte à se faire mutuellement ces donations. Cette intention de bienfaisance donne à ces donations, *ad quas se mutuis affectionibus provocaverunt*, le caractère de donation, et les distingue des contrats aléatoires.

2° La décision de l'arrêt est conforme à l'esprit de l'édit. Le motif de l'édit, suivant qu'il paroît par le préambule, a été d'empêcher que les enfants des précédents mariages ne fussent exposés à être réduits à la pauvreté par les donations de leur mère; *d'où s'en suit*, dit l'édit, *la diminution des bonnes familles*. Or, ils y seroient exposés par les donations mutuelles, dans le cas où leur mère prédécéderoit, ce que l'édit a voulu empêcher. C'est une mauvaise raison, de dire que les enfants sont dédommagés du risque qu'ils courent de perdre ce que leur mère a donné, si elle prédécède, par l'espérance d'en gagner autant, si elle survit. Tout le monde condamne l'imprudence des gros joueurs, qui exposent au hasard du jeu les biens qui leur sont nécessaires pour leur subsistance, quoiqu'en jouant ils aient l'espérance de gagner autant que ce qu'ils risquent de perdre : par la même raison, on doit condamner et réprimer l'imprudence d'une mère qui, par ces donations mutuelles, expose les enfants de son précédent mariage, à être réduits à l'indigence, nonobstant l'espérance qu'elle leur procure de gagner autant que ce qu'ils courent risque de perdre.

547. Les donations qu'une femme fait à son second mari, ou qu'un homme fait à sa seconde femme, sont sujettes à la réduction de l'édit, soit qu'elles aient été faites entre vifs, soit qu'elles aient été faites par testament, dans les provinces où les lois permettent à des conjoints de se donner par testament.

548. Elles y sont sujettes, soit qu'elles aient été faites durant le mariage, dans les provinces où les lois le permettent; soit qu'elles aient été faites avant le mariage, par le contrat du second mariage.

Si une veuve a fait une donation entre vifs à un homme

qu'elle a depuis épousé en secondes noces, quoique par l'acte de donation il ne fût fait aucune mention du mariage qu'ils ont depuis contracté, on doit présumer facilement qu'elle a été faite en considération du futur mariage; et elle est en conséquence sujette à la réduction de l'édit : sans cela il y auroit une voie ouverte pour éluder l'édit.

Mais lorsque les circonstances résistent absolument à cette présomption; *putà*, s'il s'étoit écoulé un temps très-considérable entre la donation et le mariage que la donatrice a contracté avec le donataire, et que dans le temps intermédiaire, la veuve donatrice eût, depuis la donation, contracté un second mariage avec un autre, après la dissolution duquel elle auroit épousé en troisièmes noces le donataire, je pense que la donation ne doit pas en ce cas être sujette à la réduction de l'édit. Ayant été faite sans aucune vue de mariage, et à un donataire que la donatrice ne regardoit pas alors comme son futur mari, elle a acquis à ce donataire un droit irrévocable dans les choses comprises dans la donation qui lui a été faite, dont le mariage qu'il a contracté depuis avec la donatrice, ne doit pas le dépouiller.

549. Non-seulement les donations formelles sont sujettes à la réduction de l'édit, mais encore les avantages qui se trouvent renfermés dans des conventions ordinaires de mariage, y sont sujets. Par exemple, quoique la convention de préciput soit une convention ordinaire de mariage, néanmoins lorsqu'on est convenu par le contrat de mariage d'une veuve avec son mari, que le survivant auroit par préciput, *putà*, une somme du 3,000 liv. et que le second mari survit, cette convention, en cas d'acceptation de la communauté par les enfants, renferme un avantage au profit du second mari survivant, de la moitié de la somme convenue pour le préciput; et cet avantage est sujet à la réduction de l'édit, si la portion de l'enfant moins prenant montoit à moins que la somme de 1,500 liv., moitié du préciput.

Par la même raison, si le contrat de mariage où se trouve cette convention de préciput, portoit aussi une donation de part d'enfant au profit du second mari, le second mari ayant, par la part d'enfant qui lui est donnée, tout ce qu'il est permis à la femme de lui donner, il ne peut plus avoir de préciput.

Si les enfants héritiers de leur mère renonçoient à la com-

munauté, tous les biens de la communauté appartenants de droit en ce cas au mari, il n'y auroit pas lieu au préciput, qui se prend sur les biens de la communauté; et la convention de préciput devenant sans effet, ne formeroit aucun avantage au profit de son second mari.

Lorsque c'est un homme veuf qui a épousé une seconde femme, laquelle a survécu, la convention de préciput forme pareillement au profit de cette seconde femme qui accepte la communauté, un avantage de la moitié de la somme convenue pour le préciput du survivant ; et si cette femme survivante renonce à la communauté, et qu'il y ait clause qu'elle aura son préciput, même en cas de renonciation à la communauté, la convention de préciput forme en ce cas au profit de la seconde femme, un avantage de toute la somme convenue pour le préciput; et, en l'un et en l'autre cas, l'avantage est sujet à la réduction de l'édit.

550. La communauté de biens qui est établie entre une veuve et son second mari, est une espèce de contrat de société, qui ne renferme aucun avantage au profit du second mari, lorsqu'il a apporté autant que sa femme; mais lorsque l'apport est inégal, et que la veuve a apporté plus que n'a apporté le second mari; *putà*, si la femme a apporté 4,000 liv. en communauté, et que le second mari n'en ait apporté que 1,000, cette inégalité forme, au profit du second mari, un avantage sujet à la réduction de l'édit : cet avantage est de la moitié de ce que la femme a apporté de plus que lui. Lorsque les enfants acceptent la communauté, et lorsqu'ils y renoncent, et qu'il n'y a pas de clause au contrat de mariage, qui leur accorde la reprise de la part de leur mère, l'avantage est du total de ce que la femme a apporté de plus que lui. Par exemple, dans l'espèce proposée, où la femme a apporté 3,000 livres de plus que son second mari, l'avantage, en cas d'acceptation de la communauté, sera de 1,500, et en cas de renonciation, de 3,000 liv. C'est pourquoi, si, dans le cas de l'acceptation, la part de l'enfant qui est le moins prenant, se trouve moindre de 1,500 livres; et si, dans le cas de renonciation, elle se trouve moindre de 3,000 livres, il y aura en l'un et en l'autre cas lieu à la réduction de l'édit.

Par la même raison, si le contrat du second mariage, outre l'avantage qui résulte de l'inégalité de l'apport, contenoit

une donation de part d'enfant, faite par la femme à son second mari, le second mari, qui, par la donation de part d'enfant, reçoit tout ce qu'il est permis à la femme de lui donner, ne doit profiter en rien de ce que la femme a apporté de plus que lui : c'est pourquoi, au partage de la communauté, les enfants doivent, avant partage, prélever tout ce que leur mère a apporté à la communauté de plus que lui, de la même manière que si elle se l'étoit réservé propre. Par exemple, dans l'espèce proposée, ils doivent, au partage de la communauté, prélever avant partage la somme de 3,000 livres; et s'ils avoient déjà fait partage de la communauté sans faire ce prélèvement, les enfants ayant touché par ce partage la moitié de la somme de 3,000 livres qu'ils avoient droit de prélever, en doivent faire confusion sur eux : le second mari est débiteur envers eux de 1,500 livres pour l'autre moitié de ce prélèvement qu'ils avoient droit de faire; et cette somme de 1,500 livres que le second mari doit aux enfants, lui doit être précomptée sur sa part d'enfant, qu'il a droit de prendre dans la part échue aux enfants par le partage de la communauté.

Lorsque c'est un homme qui, par le contrat de mariage avec une seconde femme, a apporté plus qu'elle en communauté, c'est pareillement un avantage qu'il fait à sa seconde femme de la moitié de la somme qu'il a apportée de plus qu'elle en communauté, lorsque cette seconde femme accepte la communauté : si elle y renonce, l'avantage disparoît.

551. Dans la communauté légale, qui a lieu lorsque les parties ne se sont pas expliquées sur la communauté, ou lorsqu'il n'y a pas du tout de contrat de mariage, si le mobilier de la femme, qui est entré dans cette communauté légale, étoit beaucoup plus considérable que celui du second mari, cette inégalité seroit-elle censée faire un avantage au profit du second mari, sujet à la réduction de l'édit, de même que l'inégalité d'apport qui se trouve dans la communauté conventionnelle? On dit en faveur du second mari : C'est la loi qui fait tomber dans la communauté légale tout le mobilier de chacune des parties. Si le second mari ressent un avantage de ce que sa femme en avoit plus que lui, et de ce qu'il en est entré plus de la part de sa femme que de la sienne, il tient cet avantage de la loi qui l'y a fait entrer, et non de sa femme, avec qui il n'a eu à cet égard aucune convention :

cet avantage n'est donc pas en cela un avantage que lui fait sa femme; il n'est donc pas sujet à la réduction de l'édit.

Nonobstant ce raisonnement, il est constant dans l'usage, qu'il y est sujet, de même que celui qui résulte de l'inégalité des apports dans le cas de la communauté conventionnelle. Il est faux que dans le cas de la communauté légale, le second mari ne tienne pas cet avantage de sa femme, mais seulement de la loi. Suivant les principes de Dumoulin, que nous rapporterons dans le préliminaine de notre *Traité de la communauté*, lorsque les parties n'ont pas fait de contrat de mariage, ou ne se sont pas expliquées sur la communauté dans celui qu'elles ont fait, elles sont censées être tacitement, ou du moins virtuellement convenues de tout ce qu'il est d'usage de convenir dans la province; et par conséquent dans les provinces dont la loi admet la communauté entre mari et femme, sans qu'elle ait été expressément stipulée; elles sont censées tacitement, ou du moins virtuellement convenues d'établir cette communauté, et de la composer de toutes les choses dont cette loi déclare qu'elle est composée. Lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, la communauté est en ce cas appelée *légale*, parce que les parties s'en sont en ce cas rapportées à la loi sur la communauté qu'elles ont voulu établir, et sur les choses dont elles ont voulu qu'elle fût composée : mais ce n'est pas la loi *immediatè et per se*, qui y fait tomber en ce cas les choses qui y tombent; c'est la condition tacite ou virtuelle, intervenue entre les parties, par laquelle elles sont censées être convenues qu'elles y tombassent, qui les y fait tomber. L'avantage que le second mari ressent de ce qu'il y est tombé de la part de sa femme plus qu'il n'en est tombé de la sienne, est donc un avantage qu'il tient de la convention tacite ou virtuelle qu'il est censé avoir eue avec sa femme, et par conséquent qu'il tient de sa femme. Sa femme, en ne se réservant pas propre, comme elle le pouvoit, et en laissant tomber à dessein dans la communauté ce qu'elle avoit de plus en mobilier que son second mari, est censée lui avoir fait en cela le même avantage que celui qui est fait dans le cas d'une communauté conventionnelle à un second mari, lorsque la femme y apporte plus que lui, et il est également sujet à la réduction de l'édit.

Denisart, sur le mot *Noces*, rapporte un arrêt du 29 janvier 1658, qui a jugé suivant ces principes.

552. Lorsque le second mari a un talent et une profession lucrative qui a produit beaucoup à la communauté, est-il fondé à prétendre que ce qu'il apporte en talent, supplée à ce qu'il a apporté en biens de moins que la femme, et qu'en conséquence ce que la femme a apporté en biens de plus que le second mari, ne doit pas être censé un avantage fait à ce second mari, lequel, par son talent qu'il apporte à la communauté, fournit l'équivalent de ce que sa femme a apporté, et même souvent plus?

On peut dire en faveur de la prétention du second mari, que selon les règles du contrat de société, l'industrie que l'un des associés apporte à une société, lorsqu'elle est appréciable, peut être l'équivalent de ce que l'autre associé y a apporté de plus en biens : *Societas* (universorum bonorum) *coiri potest etiam inter eos qui non sunt æquis facultatibus, quum plerumquè pauperior operâ suppleat, quantùm per comparationem patrimonii deest;* l. 5, §. 1, ff, *pro. soc.* Il semble que suivant ce principe, une femme ne doit être censée avoir fait aucun avantage à son second mari, en apportant une plus grande quantité de biens que lui à la communauté, lorsque l'industrie que le mari a apportée, supplée à ce qu'il y apporte de moins, et est un juste équivalent de ce que la femme a apporté de plus. Je pense que le principe, quoique vrai dans la théorie, ne doit pas ordinairement, dans la pratique, être appliqué à l'espèce de cette question; 1° parce que l'estimation de cette industrie du second mari est quelque chose de trop arbitraire et de trop difficile; 2° parce que la femme apporte de son côté une espèce d'industrie qui profite souvent plus à la communauté que l'industrie de son second mari : c'est sur elle que tombe tout le soin du ménage, pendant que le mari est occupé de son art ou de sa profession; et souvent ce soin qu'une femme apporte à son ménage, enrichit plus la communauté, que les gains que fait dans l'exercice de son art ou de sa profession le second mari, qui très-souvent les dépense aussi facilement qu'il les fait. L'industrie du second mari étant donc compensée avec celle de sa femme, elle ne peut plus servir d'équivalent à ce que la femme a apporté de plus que lui en biens.

Néanmoins si les gains que le second mari a coutume de retirer annuellement de sa profession, étoient si immenses, qu'ils montassent pour une seule année à une plus grosse

somme que celle que la femme a apportée de plus que lui, et que la communauté se fût trouvée considérablement enrichie de ces gains, les enfants auroient en ce cas mauvaise grâce à opposer au second mari, que leur mère auroit fait un apport à la communauté plus considérable que le sien.

Le second mari n'est censé avantagé que de ce que la femme a apporté de plus que lui en principal; ce que la femme apporte de plus en revenus, n'est pas réputé un avantage prohibé et réductible qu'elle fasse à son second mari : c'est pourquoi, si une femme qui a, par exemple, 10,000 livres de revenus, s'est remariée à un homme qui n'en a pas la dixième partie, et a contracté avec lui communauté de biens, dans laquelle entreront ses revenus pendant tout le temps qu'elle durera, Ricard décide qu'en ce cas, quoique le second mari profite des revenus de la femme, néanmoins cette communauté n'est point réputée un avantage qui puisse être réductible suivant l'édit. Ricard cite pour son avis, un arrêt rapporté par Henrys, *tome 1, liv. 4, quest.* 57, qui a jugé que même dans le pays de droit écrit, où la communauté n'a pas lieu, si elle n'est stipulée, la communauté qui avoit été stipulée par le contrat de mariage d'une femme avec son second mari, ne pouvoit être attaquée comme un avantage fait au second mari : à plus forte raison doit-on le juger dans le pays coutumier, où la communauté est de droit. L'avis de Ricard est suivi dans l'usage.

553. Lorsqu'il est échu à une femme des successions mobiliaires pendant sa communauté avec son second mari, la femme qui auroit pu, par une clause de son contrat de mariage, se réserver propres ces successions, et qui ne l'a pas fait, est-elle censée, en ne le faisant pas, avoir fait en cela à son second mari un avantage sujet à la réduction de l'édit? Il y a une grande différence entre ce défaut de réserve des successions mobiliaires, et le défaut de réserve de ce qu'elle avoit, lors de son mariage, de plus en mobilier que le second mari. Ce qu'elle avoit alors de plus en mobilier que son second mari, étoit quelque chose de certain et de déterminé, dont, par le défaut de réserve de propre, elle se dépouilloit pour le mettre en communauté : elle en avantage son second mari, puisqu'il acquiert à titre lucratif au moins une partie dans cet excédant de mobilier, sans avoir de sa part rien conféré à la place.

Il n'en est pas de même du défaut de réserve des succes-

sions. Ce que la femme a manqué de se réserver, en ne stipulant pas par le contrat de son second mariage, que les successions seroient propres, n'étoit pas, comme dans l'espèce précédente, quelque chose qu'elle eût alors, et dont elle se soit dépouillée pour en avantager son second mari : ce n'étoit rien de certain; cela ne consistoit qu'en des espérances incertaines. Il étoit incertain alors si elle auroit des successions mobiliaires pendant son mariage, et si elle en auroit plus que son mari, qui en pouvoit avoir aussi : elle ne doit donc pas être censée avoir, par le défaut de réserve des successions, voulu faire un avantage à son second mari, mais plutôt avoir laissé aller le cours naturel de la loi de la communauté conjugale, suivant laquelle tout le mobilier qui advient à chacun des conjoints pendant que cette communauté dure, y tombe.

Bretonnier, dans ses observations sur Henrys, *tome* 1, *liv.* 4, *quest.* 58, rapporte un arrêt du 25 juin 1703, lequel, sur un appel du bailliage de Sens, a jugé, conformément à ces principes, que les enfants d'un premier mariage n'étoient pas fondés à réputer pour avantage fait par leur mère à leur beau-père, la part qu'il avoit eue dans le mobilier d'une succession échue à leur mère durant le second mariage.

Cela doit-il avoir lieu, même dans le cas auquel le second mari n'auroit de sa part aucunes successions à espérer, *putà*, s'il étoit bâtard? Je pense qu'il faudroit décider de même : s'il ne peut rien venir en ce cas au second mari à titre de succession, il peut lui venir quelque chose à titre de donation ou de legs.

554. Mais si le second mari avoit réservé propres ses successions à venir, et que la femme n'eût pas réservé les siennes, le défaut de réserve en ce cas renfermant une inégalité affectée, devroit passer pour un avantage.

555. *Quid*, de la clause par laquelle on convient dans le contrat du second mariage, que les successions de part et d'autre tomberont en communauté, tant pour le mobilier que pour l'immobilier? Les parties, en s'écartant par cette clause, de la loi de la communauté conjugale, qui ne fait pas tomber dans cette communauté les immeubles qui adviennent aux conjoints par succession, ne peuvent pas paroître avoir d'autres vues que celle de s'avantager réciproquement. Chacun des conjoints, en convenant que les immeubles de succession qui lui écherront, tomberont en communauté, a une

volonté formelle de donner à l'autre une part dans lesdits immeubles : la part que le second mari a, en vertu de cette clause, dans les immeubles des successions échues à sa femme, est donc un avantage que lui a fait sa femme, lequel, par conséquent, est sujet à la réduction de l'édit.

En vain opposeroit-il, pour s'en défendre, que par cette clause sa femme ne lui a donné qu'une espérance à ces successions immobiliaires, à la place de laquelle il donnoit, de son coté, à sa femme, pareille espérance aux immeubles des successions qui pouvoient pareillement lui écheoir. La réponse est, que les donations, quoiqu'en espérance, lorsque l'espérance s'est effectuée, et quoique mutuelles et réciproques, étant sujettes à la réduction de l'édit, comme nous l'avons vu *suprà*, à l'égard des donations mutuelles et du préciput, pour que l'avantage qu'a eu le second mari dans les immeubles des successions échues, soit un avantage sujet à la réduction de l'édit, il suffit que par l'événement l'espérance se soit effectuée ; il suffit que par l'événement il soit échu à sa femme des successions d'immeubles dans lesquelles il ait pris part, et qu'il ne lui en soit échu à lui aucunes, ou que dans celles qui lui seroient échues, sa femme ne trouve pas l'équivalent de la part qu'il trouve dans les immeubles des successions échues à sa femme.

556. La convention par laquelle on a fixé à une certaine somme la part qu'une seconde femme auroit eue dans la communauté, est-elle censée renfermer un avantage sujet à la réduction de l'édit, lorsque cette somme excède ce qu'elle auroit eu de net pour sa part en la communauté? On dira pour la négative, que cette convention est un contrat aléatoire, plutôt qu'elle ne contient un avantage : la seconde femme achète ce qu'elle reçoit de plus que la moitié des biens de la communauté, par le risque qu'elle a couru de recevoir beaucoup moins que la moitié de la communauté, si elle eût prospéré autant qu'on l'espéroit. Nonobstant ces raisons, je pense que cette somme, pour ce dont elle excède le montant de la moitié des biens de la communauté, est un avantage sujet à la réduction de l'édit ; autrement on auroit une voie ouverte d'avantager une seconde femme, en fraude de l'édit, en fixant le forfait de sa part en la communauté, à une somme beaucoup plus forte qu'il n'est vraisemblable que doive monter sa part lors de la dissolution de la communauté;

et si on laissoit à l'arbitrage du juge à juger de cette vraisemblance, ce seroit donner lieu à des procès qu'on retranche en suivant notre décision.

Observez que pour que la somme à laquelle on a fixé la part de la seconde femme en la communauté, soit réputée avantage pour ce dont elle excède la moitié du montant des biens de la communauté lors de sa dissolution, il faut qu'elle excède pareillement ce que la seconde femme a apporté à la communauté; car ce n'est pas avantage, lorsqu'elle ne retire que ce qu'elle y a mis.

557. Quoique le douaire qu'un homme accorde à une seconde femme, soit une convention matrimoniale plutôt qu'une donation, néanmoins, lorsqu'il excède la valeur du douaire coutumier, il est, jusqu'à concurrence de cet excédant, réputé un avantage fait par l'homme à sa seconde femme, sujet à la réduction de l'édit. Mais jusqu'à concurrence de la valeur du douaire coutumier, le douaire qu'un mari accorde à sa seconde femme, n'est pas sujet à la réduction de l'édit, n'étant pas, jusqu'à cette concurrence, réputé un avantage. C'est ce qui a été jugé par un arrêt solemnel du 18 juillet 1615, rendu *consultis Classibus*, et encore depuis, par un autre du 10 juillet 1656. Ces arrêts sont rapportés par Ricard. La raison est, que nos coutumes accordent à toutes les femmes, aux secondes, troisièmes et quatrièmes, etc. aussi bien qu'aux premières, un douaire dans les biens de leur mari, lorsque le mari ne leur en a pas accordé un par le contrat de mariage. On appelle ce douaire que la loi leur accorde, le douaire coutumier. Elles le tiennent de la loi, qui le leur accorde *immediatè et per se;* elles le tiennent *ex beneficio legis, et non ex beneficio hominis.* Le mari, en donnant un douaire conventionnel à sa femme, tant que ce douaire n'excède pas le coutumier, n'est pas censé lui faire un don, mais lui donner un équivalent de ce que la loi lui donne : elle le tient donc, jusqu'à cette concurrence, *magis ex beneficio legis, quàm ex beneficio hominis.* Lorsque le douaire conventionnel est beaucoup au-dessous du coutumier, bien loin qu'en ce cas le mari lui fasse un don, c'est au contraire la femme qui, en se restreignant à ce douaire, veut bien faire remise de ce que la loi lui donnoit de plus à titre de douaire.

558. Si le douaire conventionnel, jusqu'à concurrence du

douaire coutumier, n'est pas réputé un avantage fait à la femme par son mari, et n'est pas sujet à la réduction de l'édit, à plus forte raison le doit-on dire du douaire coutumier, lorsqu'il n'y a, par le contrat de mariage, aucun douaire conventionnel.

Ricard a une opinion singulière : il prétend que ce n'est que dans le cas où la seconde femme est d'une condition et de facultés à peu près égales à la condition et aux facultés du mari, que le douaire coutumier n'est pas réputé un avantage fait à la femme par son mari, et n'est aucunement sujet à la réduction de l'édit : mais lorsqu'elles est d'une condition et de facultés beaucoup inférieures à celles de son mari, il dit qu'en ce cas, lorsqu'il n'y a pas de douaire conventionel, on doit estimer à quoi peut monter un douaire convenable à la condition et aux facultés de cette femme, et que son douaire coutumier, en tant et jusqu'à concurrence de ce qu'il excède cette estimation, doit être, pour être excédant, réputé un avantage sujet à la réduction de l'édit. Le mari, dit Ricard, qui pouvoit avec justice, par le traité de mariage, restreindre le douaire de sa femme à la somme portée par cette estimation, est censé lui avoir fait un avantage de ce que le douaire coutumier vaut de plus, en tant que pouvant le restreindre et le diminuer, il ne l'a pas fait : *In tantùm ei donasse videtur, in quantùm quum adimere posset, non ademit.* Je crois cette opinion de Ricard contraire aux principes. Les lois coutumières ne règlent le douaire, ni sur l'état de la femme avant son mariage, ni sur les biens qu'elle a apportés à son mari : quoiqu'elle fût, avant son mariage, d'un état beaucoup inférieur à celui de son mari, elle devient, par son mariage, d'un état égal à celui de son mari; et par conséquent son douaire doit se régler, non eu égard à l'état qu'elle avoit avant le mariage, mais eu égard à celui de son mari.

Le peu de biens qu'elle a apportés à son mari, n'est pas non plus une raison pour diminuer son douaire : bien loin de cela, le douaire étant accordé aux femmes pour soutenir, après la mort de leur mari, l'état de leur mari, moins elles ont de leur propre, plus elles ont besoin du douaire que la loi leur accorde pour cela. L'opinion de Ricard, outre qu'elle est mal fondée, a un autre inconvénient, qui est qu'elle ouvre la porte aux procès, en laissant à la discrétion des juges à estimer, suivant les différentes circonstances, jusqu'à qu'elle

concurrence le douaire doit être censé un avantage sujet à la réduction de l'édit; au lieu qu'on retranche les procès, en décidant ces questions par des principes généraux.

559. La somme promise par le contrat de mariage à une seconde femme, pour son deuil, n'est un avantage qu'autant qu'elle excède celle qui lui est due, eu égard à l'état et aux facultés de son mari : il n'y a que cet excédant qui soit un avantage sujet à la réduction de l'édit.

### ARTICLE III.

En quel cas y a-t-il lieu à la réduction de l'édit; et à quelle part d'enfant sont réductibles les donations faites aux seconds et ultérieurs maris, ou aux secondes femmes.

560. Pour qu'il puisse y avoir lieu à la réduction de l'édit, il faut, 1° que la femme ou l'homme qui a convolé en secondes ou ultérieures noces, ait eu quelque enfant de quelqu'un de ses précédents mariages; car ce n'est qu'à ces personnes que la défense de l'édit est faite, comme nous l'avons vu *suprà*, *art.* 1, §. 1.

Il faut, 2° que quelqu'un desdits enfants lui ait survécu; car la loi n'ayant été faite qu'en leur faveur, elle cesse, s'il ne s'en trouve aucun au temps auquel la loi devoit avoir son effet, et venir à leur secours : mais lorsque quelqu'un desdits enfants lui a survécu, il n'est pas nécessaire qu'il soit son héritier; il suffit qu'il soit capable de venir à sa succession.

Enfin il faut, en troisième lieu, que ce qui a été donné aux personnes prohibées par l'édit, (sur lesquelles *voyez suprà*, *l'art.* 1, §. 2, ) excède la part qu'a eu ou avoit droit d'avoir dans les biens de la donatrice ou du donateur, celui de tous ses enfants, de quelque mariage que ce soit, qui a eu la moindre part.

C'est ce qui est porté par ces termes de l'édit : « Ne peu» vent..... donner..... plus qu'à un de leurs enfants, ou en» fants de leurs enfants; et s'il se trouve division inégale de » leurs biens, faite entre leurs enfants, ou enfants de leurs en» fants, les donations par elles faites à leurs nouveaux maris, » seront réduites et mesurées à raison de celui des enfants qui » en aura le moins. »

Par exemple, si une femme qui avoit des enfants d'un premier mariage, a convolé en secondes noces, et a donné quel-

que chose à son second mari, et que par testament elle ait fait ses enfants légataires universels, à l'exception d'un, soit du premier, soit du second mariage, à qui elle n'a laissé que sa légitime; si la donation faite au second mari, excède cette légitime, qui est la part de celui de tous les enfants qui a la moindre part dans les biens de sa mère, il y aura lieu à la réduction de l'édit: et la donation faite au second mari, devra être réduite à la somme à laquelle monte cette légitime.

561. La part de l'enfant le moins prenant, à laquelle est réductible la donation faite au second mari, est la part que cet enfant le moins prenant a droit d'avoir dans les biens de la donatrice, et non pas celle dont il veut bien se contenter, quoique moindre que celle qu'il a droit d'avoir. Par exemple, si dans l'espèce ci-dessus proposée, une femme avoit fait ses enfants ses légataires universels, à l'exception d'un, à qui elle auroit laissé une somme ou une chose qui fût au-dessous de sa légitime; quoique cet enfant ait bien voulu s'en contenter, et se soit tenu au don ou legs qui lui a été fait, sans prétendre aucun supplément de légitime, la donation faite au second mari ne doit pas être réduite à la valeur du don ou legs dont cet enfant a bien voulu se contenter; mais elle doit subsister jusqu'à la concurrence de la légitime que cet enfant avoit droit de prétendre.

Ricard nous atteste que c'est la jurisprudence du parlement. Ces termes de l'édit, *les donations seront mesurées à raison de celui des enfants qui en aura le moins*, ne sont point contraires à cette décision : celui des enfants qui a le moins, a véritablement dans les biens de sa mère, non-seulement ce que sa mère lui a laissé, mais le droit de prendre dans les biens de sa mère ce qui manque à sa légitime, lorsqu'il n'en est pas rempli. Ce droit fait partie de sa part dans les biens de sa mère, et il ne doit pas être en son pouvoir, en y renonçant par collusion avec ses frères et sœurs, de donner atteinte à la donation faite au second mari, qui doit être mesurée sur tout ce qui compose ou peut composer cette part.

562. Lorsqu'une fille, par son contrat de mariage, au moyen d'une dot qu'elle a reçue, beaucoup moindre que n'eût été sa légitime, a renoncé à la succession de sa mère, en faveur de ses frères, la donation faite au second mari doit-elle être réduite à la dot que cette fille a reçue? La raison de douter est, qu'en ce cas cette fille, par la clause de son con-

trat de mariage, étant restreinte à la dot qu'elle a reçue, et ne pouvant rien prétendre davantage, même à titre de légitime, dans les biens de sa mère, la dot qu'elle a reçue est toute sa part dans les biens de sa mère; la donation faite au second mari devant être réduite à la part de l'enfant qui a le moins dans les biens de la donatrice, elle doit être réduite à la dot de cette fille, qui est la part entière qu'elle a des biens de sa mère.

Nonobstant ce raisonnement, Ricard décide que la donation faite au second mari, ne doit pas être réduite à cette dot : la part de l'enfant qui aura le moins, à laquelle l'édit veut que la donation faite au second mari soit réduite, ne doit s'entendre que de celle d'un enfant, ou qui vient à la succession de sa mère, ou qui avoit droit d'y venir, quoiqu'il y renonce; et non d'un enfant qui, par son contrat de mariage, s'est exclus de pouvoir venir à la succession, et de pouvoir y prendre part. On ne peut pas dire que la dot que cette fille a reçue, soit sa part dans les biens de la succession de sa mère; elle n'y a plus de part, en ayant fait une espèce de transport à ses frères, en faveur desquels elle a renoncé à sa succession.

563. Par la même raison, lorsque la femme qui a fait une donation à son second mari, a exhérédé un enfant pour une juste cause, et lui a néanmoins fait un legs modique pour ses aliments, la donation faite au second mari ne doit pas être réduite à la somme à laquelle monte le legs fait à cet enfant; car ce legs n'est pas une part que cet enfant prend dans les biens de la succession de sa mère, cet enfant n'ayant aucune part à prendre dans une succession dont l'exhérédation l'a exclus.

564. Lorsque la succession de la femme se partage par souches entre ses petits-enfants de différentes souches, la donation faite au second mari ne doit pas être réduite à la part que l'un des petits-enfants a dans la subdivision du lot échu à sa souche; mais elle doit se mesurer sur la part échue à celle des souches qui y a la moindre part. Par exemple, supposons qu'une femme a eu trois enfants, qui sont tous prédécédés, et ont laissé chacun des petits-enfants; supposons encore que dans le partage qui est à faire de sa succession, la part de la souche aînée monte à 40,000 livres, et celle de chacune des souches cadettes, à 30,000 livres, et que la

part de l'une des souches cadettes est subdivisée également entre dix petits-enfants, dont elle est composée, qui y ont chacun 3,000 livres pour leur dixième portion; dans cette supposition, la donation faite au second mari ne doit pas être réduite à la somme de 3,000 livres, montant de la part d'un enfant de l'une des souches. La raison est évidente : la succession est déférée et *partagée* par souches; donc c'est chacune des souches, et non chacun des petits-enfants, qui prend *une part* dans le partage de la succession; donc c'est à la part qu'a dans ce partage l'une des souches qui y a la moindre part, que doit se mesurer la donation faite au second mari.

565. Au contraire, lorsque la femme n'a laissé que des petits-enfants d'une même souche, qui viennent à sa succession, la succession ne se partageant pas en ce cas par souches, mais par personnes, la donation faite au second mari est en ce cas réductible à la part qu'aura dans la succession celui des petits-enfants qui aura la moindre part. C'est ce qui a été jugé par un arrêt de 1651, rapporté par Brodeau sur Louet, *let.* N, *n.* 3, et par Ricard. Néanmoins ce dernier prétend que la question avoit souffert quelque difficulté; et il cite un arrêt du parlement de Toulouse, qui a jugé au contraire que la donation faite au second mari ne devoit pas être réduite à la part que l'un des petits-enfants avoit dans la succession, mais qu'elle devoit se mesurer à ce que ses petits-enfants y avoient tous ensemble; parce qu'ils n'y venoient tous ensemble qu'au lieu de leur père, fils de la défunte. Cette raison, que Ricard fait servir de fondement à cet arrêt, ne me paroît pas bonne. Il est faux que les petits-enfants viennent en ce cas *au lieu de leur père*, ce n'est que dans les cas auxquels la loi établit la fiction de la représentation, qu'ils viennent *au lieu de leur père* qu'ils représentent : mais dans ce cas-ci, où il n'y a pas lieu à la fiction de la représentation, ces petits-enfants viennent de leur chef; ils ne représentent pas leur père : on ne peut donc pas dire qu'ils viennent *au lieu de leur père;* car venir *au lieu* de quelqu'un, c'est le représenter.

566. Lorsqu'une femme ayant des enfants d'un précédent mariage, a passé successivement à différents mariages, et qu'elle a fait des donations à ses second, troisième et quatrième maris, il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait lieu à la

réduction de l'édit, que la donation faite à l'un desdits maris, excède la part de l'enfant le moins prenant ; il suffit que toutes ces donations excèdent ensemble cette part; car l'édit ne dit pas, «ne peuvent donner à *chacun* de leurs nouveaux » maris; » mais il dit, « ne peuvent donner à *leurs nouveaux* » *maris* plus qu'à un de leurs enfants : » ce qui signifie qu'elles ne peuvent donner à tous leurs nouveaux maris, lorsqu'elles en ont eu plusieurs, plus que l'équivalent de la part de l'enfant le moins prenant. C'est pourquoi, si une femme avoit donné à son second mari quelque chose qui équivalût à cette part, les donations faites aux autres seroient entièrement nulles; ayant donné au second tout ce que la loi lui permettoit de donner à ses nouveaux maris, il ne lui restoit plus rien à donner aux autres, etc. *Ricard.*

## ARTICLE IV.

### Quels enfants peuvent demander le retranchement ordonné par l'édit.

567. Quoique ce ne soit qu'en faveur des enfants des précédents mariages, que l'édit a ordonné la réduction des donations faites à des seconds ou ultérieurs maris, ou à des secondes ou ultérieures femmes; et qu'en conséquence, s'ils sont tous prédécédés sans postérité, il n'y ait pas lieu à l'édit, comme nous l'avons vu en l'article précédent; néanmoins, lorsque quelqu'un des enfants ou petits-enfants des précédents mariages a survécu, et qu'il y a eu lieu à la réduction de l'édit, ce qui doit être retranché des donations faites aux seconds maris ou aux secondes femmes, doit appartenir non-seulement aux enfants des précédents mariages, en faveur desquels la loi a ordonné ce retranchement, mais indistinctement à tous les enfants de la donatrice ou du donateur, de quelque mariage qu'ils soient nés, aussi bien à ceux des seconds et ultérieurs mariages, qu'à ceux du premier mariage.

C'est la Jurisprudence des provinces du royaume qui ne sont pas régies par le droit écrit; elle a suivi en cela la disposition de la loi *Quoniam, cod. de sec. nupt.*, préférablement à la novelle 22, *chap.* 27, qui l'avoit abrogée. Cette jurisprudence, qui nous est attestée par Ricard et par tous les autres auteurs, est fondée en une très-grande équité; les

biens qui sont retranchés de la donation faite au second mari, étant les biens de la mère commune, tous les enfants, de quelque mariage qu'ils soient nés, étant autant à leur mère les uns que les autres, ils y doivent avoir un droit égal.

De là il suit que le droit de faire réduire la donation faite au second mari, que les enfants du second mariage n'auroient pu avoir, s'il eussent été seuls, et qu'aucun de ceux du premier lit n'eût survécu, est ouvert à leur profit lors de la mort de leur mère, par la survie de quelqu'un des enfants, comme il l'est au profit de ceux du premier lit : *Nec est novum in jure, ut quod quis ex personâ suâ non haberet, ex personâ alterius habeat; ut in* l. 3, §. 11, *vers. Planè*, ff. *de bon. pos. cont. tab.*

De là suit que quand même les enfants du premier mariage négligeroient ce droit, et en feroient remise à leur beau-père, les enfants du second mariage n'auroient pas moins action contre leur père, pour demander leur part dans ce qui a été ou doit être retranché de la donation; car les enfants du premier mariage, en remettant leurs droits, ne peuvent remettre que la part qui leur appartient dans ce retranchement, et non celles qui appartiennent aux enfants du second : *Facit* l. 10, §. 6, ff. *d. t.*

568. Pour que les enfants, soit du premier, soit des autres mariages, puissent demander la réduction, il n'est pas nécessaire qu'ils soient héritiers de leur mère qui a fait la donation; car leur mère ayant, par la donation qu'elle a faite à son second mari, mis hors de ses biens tout ce qui est compris dans la donation, tout ce qui y est compris ne faisant plus partie de ses biens, lors de sa mort, ne se trouve pas dans sa succession. Il n'est donc pas nécessaire qu'ils viennent à sa succession, pour avoir ce qui doit être retranché de la donation; ce n'est pas de la loi des successions, mais seulement de l'édit des secondes noces, qu'ils tiennent ce retranchement. C'est pourquoi, soit que tous les enfants renoncent à la succession, soit qu'il y en ait qui l'acceptent, et d'autres qui y renoncent, ils sont tous admis à partager ce retranchement.

C'est ce qu'enseigne Ricard, *n.* 1301 *et suiv.*, qui cite un arrêt du 4 juillet 1606, qui a jugé suivant son opinion. Renusson, *Tr. de la Commun. page* 4. *chap.* 3, *n.* 80, enseigne la même chose.

On opposera peut-être que la donation faite au second mari

est nulle jusqu'à concurrence de ce qui en doit être retranché, la femme n'ayant pu valablement donner à son second mari plus que l'édit ne lui permettoit; mais, dira-t-on, si la donation est nulle jusqu'à concurrence de ce qui doit en être retranché, une donation nulle ne pouvant pas transférer la propriété, la propriété de ce qui doit être retranché n'a pas été transférée au second mari; il est resté dans les biens de la mère, et il se trouve par conséquent dans sa succession : il faut donc venir à sa succession, et être héritier, pour l'y recueillir et le partager.

Je réponds que la nullité de la donation faite au second mari, pour ce qui en doit être retranché, n'est pas une nullité absolue qui ait empêché la translation de propriété; cette nullité n'est qu'une nullité relative, qui n'est établie qu'en faveur des enfants : la propriété de tout ce qui est compris en la donation, a été transférée au second mari; l'édit donne seulement aux enfants une action révocatoire, pour faire retrancher de la donation ce que leur mère a donné de plus que l'édit ne lui permettoit.

569. Quoiqu'il ne soit pas nécessaire de venir à la succession, pour avoir part au retranchement, et que ce ne soit pas à titre d'héritiers que les enfants prennent ce retranchement, mais en leur seule qualité d'enfants, néanmoins les enfants exhérédés n'y sont pas admis; car les causes qui les rendent indignes des biens de la succession de leur mère, les rendent pareillement indignes de ceux-ci. Lorsqu'un enfant est exhérédé par son père ou par sa mère, il est exclus de tous les titres auxquels la loi l'eût appelé aux biens de son père ou de sa mère. Ce n'est pas seulement à titre d'héritier qu'il n'y peut rien prétendre; il n'y peut rien prétendre à titre de douairier : par la même raison, il n'y peut rien prétendre en vertu de l'édit des secondes noces.

570. Il y a plus de difficulté à l'égard des filles, qui, dans certaines coutumes, sont par leur mariage et la dot qu'elles ont reçue, *ne fût-ce qu'un chapel de roses*, exclues des successions de leurs père et mère qui les ont dotées; et pareillement à l'égard de celles qui, par leur contrat de mariage, ont renoncé à la succession en faveur de leurs frères. Ricard, *n.* 1305 *et suiv.* décide qu'elles ne doivent pas être admises à partager le retranchement ordonné par l'édit en faveur des enfants; et il établit comme principe général, que quoiqu'il

ne soit pas nécessaire, pour y être admis, de venir à la succession, il faut au moins être capable d'y venir. Sa raison est que l'édit étant fait pour réparer en partie le préjudice que les enfants souffrent de la donation faite au second mari, il n'y a que ceux qui souffrent préjudice de cette donation, qui doivent avoir part à ce retranchement, qui en est la réparation : or, il n'y a que les enfants qui avoient droit de venir à la succession, qui souffrent de cette donation; donc il n'y a qu'eux qui doivent être admis à partager ce retranchement; et tous ceux qui n'ont pas droit de venir à la succession, n'y doivent pas être admis. Il appuie sa décision par l'exemple du douaire. Toutes ces personnes qui sont exclues de la succession de leur père, ne peuvent rien prétendre à titre de douaire, dans ses biens; pourquoi pourroient-elles prétendre, en vertu de l'édit des secondes noces, prendre part dans les biens retranchés de la donation faite par leur père à une seconde femme?

571. Il reste à observer qu'un enfant qui, en majorité, du vivant de sa mère, auroit approuvé la donation faite par sa mère à un second mari, et se seroit expressément obligé à n'y donner jamais aucune atteinte, même dans le cas auquel elle se trouveroit excéder ce que l'édit permet de donner, ne laisseroit pas, nonobstant cette approbation, d'être, après la mort de sa mère, recevable à demander le retranchement de ce que cette donation contient de plus qu'il n'étoit permis à la donatrice de donner; et si le second mari lui opposoit l'approbation qu'il lui avoit donnée, l'enfant répliqueroit que cette approbation est présumée avoir été extorquée de lui par sa mère, en fraude de l'édit, et qu'elle ne doit par conséquent être d'aucun effet. Je pense pourtant qu'il faudroit que l'enfant se pourvût par lettres de rescision.

Mais si l'approbation n'a été donnée que depuis la mort de la mère, elle est valable : il est permis à chacun de renoncer à son droit.

### ARTICLE V.

#### Quelles actions ont les enfants pour demander le retranchement ordonné par l'édit; et comment y procède-t-on.

572. La femme qui a des enfants d'un précédent mariage, transfère à son second ou autre subséquent mari la propriété de toutes les choses à elle appartenantes, qu'elle lui donne ;

mais elle ne la transfère et ne peut la transférer, qu'à la charge du retranchement que fera l'édit, lors de la mort de la femme, de ce dont la donation se trouvera pour lors excéder la part de l'un de ses enfants qui aura la moindre part dans les biens de sa succession.

Le second ou autre subséquent mari, en recevant à cette charge les biens compris dans la donation, contracte l'obligation de rendre aux enfants cet excédant, dont l'édit ordonne le retranchement, s'il s'en trouve lors de la mort de la donatrice.

573. C'est la loi qui forme cette obligation; et de cette obligation naît aux enfants envers qui elle est contractée, une action qu'on peut appeler *condictio ex lege*, pour se faire rendre cet excédant.

Cette action est personnelle-réelle, et peut être intentée contre les tiers détenteurs des biens immeubles compris dans la donation, dans le cas auquel le second mari les auroit aliénés, soit pour le total, soit pour partie; car le second mari n'ayant acquis la propriété de ces biens que sous la charge du retranchement ordonné par l'édit, s'il se trouve y devoir avoir lieu lors de la mort de la donatrice, lesdits biens se trouvent affectés à cette charge, et à l'exécution de l'obligation qu'il a contractée par rapport à cette charge. En conséquence, suivant le principe qu'on ne peut transférer à d'autres plus de droit dans une chose, qu'on n'y en a; *Nemo plus juris in alium transferre potest, quâm ipse habet;* l. 54, ff. *de reg. jur.;* le second mari, qui n'a le droit de propriété des immeubles compris dans la donation, qu'à la charge du retranchement ordonné par l'édit, ne peut le transférer qu'à cette charge, à ceux qui les acquièrent de lui : ces biens ne peuvent passer qu'avec cette charge et avec cette affectation, à tous ceux à qui ils passent; lesquels, par conséquent, en leur qualité de détenteurs desdits biens, sont tenus de l'action qu'ont les enfants pour l'exécution de cette charge.

574. On peut aussi donner aux enfants, pour la revendication de la portion qui doit être retranchée à leur profit, une action rescisoire, *utilis in rem;* car lorsque la donation, lors de la mort de la donatrice, se trouve excéder la part de l'enfant le moins prenant dans les biens de sa succession, cette donation est, *potestate legis*, rescindée. jusqu'à concurrence de cet excédant, au profit des enfants : en conséquence, la loi

dépouille le second mari de la propriété des choses données jusqu'à concurrence de cet excédant, et l'attribue aux enfants.

J'ai appelé cette action *utilis* : car selon la subtilité des principes de droit, le domaine des choses ne passant d'une personne à une autre que par la tradition et la possession, quoique la donation faite au second mari soit rescindée par la puissance de la loi, jusqu'à concurrence de ce qu'elle excède la part de l'enfant le moins prenant, le second mari, tant qu'il demeure en possession de tous les biens, continue d'être, *secundùm subtilitatem juris*, le propriétaire de cet excédant, quoique *jam sinè causâ et titulo* : et pour que les enfants, *secundùm civilem rationem*, deviennent propriétaires en sa place, de cet excédant, il faut que le second mari en soit dépouillé, et que les enfants en soient saisis. Les enfants ne peuvent donc, *secundùm subtilitatem juris*, poursuivre la restitution de la portion qui doit être retranchée à leur profit, que par la voie d'une action personnelle, telle que l'action *condictio ex lege*, dont nous avons parlé, ou par celle qu'on appelle *condictio sinè causâ*. Mais en négligeant la subtilité, pour ne s'attacher qu'à remplir les vues de l'édit, aussitôt qu'il y a lieu au retranchement ordonné par l'édit, on peut regarder les enfants comme devenus déjà propriétaires de la portion dans les biens donnés, que l'édit veut être retranchée à leur profit, et leur donner en conséquence l'action *utilis in rem*, pour la revendiquer.

Il n'importe au reste, que l'action qu'ont les enfants pour faire retrancher, à leur profit, de la donation faite au second mari, ce qu'il y a d'excessif, soit une action personnelle-réelle, *condictio ex lege*, ou une action *utilis in rem* ; l'une et l'autre ont le même effet ; et, dans notre pratique françoise, on fait peu d'attention aux noms des actions.

575. Cette action, quelle qu'elle soit, est ouverte par la mort de la femme qui a fait la donation à son second mari ; ou par la mort de l'homme qui a fait la donation à sa seconde femme.

Pour juger si elle procède et s'il y a lieu au retranchement de la donation, et jusqu'à quelle concurrence, il faut liquider la succession de la mère ; faire une estimation de tous les biens meubles et immeubles dont elle est composée, et liquider à quelle somme monte la part de l'enfant qui y prend le

moins; laquelle doit servir de mesure à la donation faite au second mari.

Cette estimation doit se faire avec le second mari, qui a intérêt que les biens de cette succession ne soient pas estimés au-dessous de leur juste valeur; ce qui préjudicieroit à sa donation, et la diminueroit plus qu'elle ne doit l'être, puisqu'elle se mesure sur la valeur de la part de l'enfant le moins prenant dans cette succession. C'est pourquoi, si l'estimation avoit été faite sans lui, il seroit bien fondé à demander une nouvelle estimation.

On doit ensuite estimer les biens dont est composée la donation faite au second mari, qu'on prétend sujette à réduction, pour juger si cette donation excède le montant de la valeur de la part de l'enfant qui a la moindre part dans la succession.

576. Ces estimations se font eu égard à la valeur des choses, au temps de l'ouverture de la succession; bien entendu, pourvu que ce ne soit pas par la faute du second mari donataire qu'elles ont été détériorées. Par exemple, si la femme avoit donné entre vifs à son second mari un héritage, et que, depuis la donation, la plus grande partie des terres qui en dépendent ait été ensablée par une inondation, ce qui en a considérablement diminué la valeur; pour juger si et de combien la donation excède la part d'enfant, et si et pour combien il y a lieu à la réduction, cet héritage ne sera pas estimé eu égard à ce qu'il valoit lors de la donation qui en a été faite au second mari, mais eu égard à ce qu'il vaut lors de la mort de la femme.

La raison est que le droit que l'édit donne aux enfants, est une réparation d'une partie du préjudice que la donation faite au second mari leur cause dans la succession de leur mère. L'édit ne permet pas que la donation leur préjudicie au-delà de la valeur de la part de l'enfant le moins prenant dans la succession. Le préjudice que cause la donation aux enfants dans la succession de leur mère, consiste en ce que les héritages compris dans la donation, ne se trouvent pas dans la succession de leur mère, au lieu qu'ils s'y trouveroient, s'ils n'avoient pas été donnés. La valeur de ce préjudice consiste donc dans la valeur de ces héritages au temps de cette succession, qui auroient augmenté d'autant la succession, et non dans la valeur qu'ils avoient au temps de la

donation; l'estimation doit donc s'en faire eu égard à ce qu'ils valoient au temps de la succession.

Par exemple, supposons qu'au temps de la donation, l'héritage donné au second mari, eût été de la valeur de trente mille livres; que, par l'accident de l'ensablement, il se trouve réduit à huit mille livres : il est évident que la donation n'a pas causé aux enfants un préjudice de trente mille livres, mais seulement un préjudice de huit mille livres : car quand même la donation n'auroit pas été faite, l'accident de l'ensablement des terres n'en seroit pas moins arrivé; l'héritage n'en auroit pas été moins réduit à la valeur de huit mille livres. La succession ne se trouve donc privée, par la donation, que de huit mille livres.

Si c'étoit par la faute du donataire que l'héritage eût été dégradé, il ne devroit pas être estimé eu égard seulement à l'état de dégradation lors de l'ouverture de la succession de la donatrice, mais eu égard à ce qu'il vaudroit, si les dégradations n'avoient pas été faites. Par exemple, si l'héritage qui a été donné au second mari, lequel, par les dégradations, n'est que de la valeur de huit mille livres, eût été, sans lesdites dégradations, de valeur de quinze mille livres, il doit être estimé cette somme de quinze mille livres; car, si la donation n'avoit pas été faite, on doit présumer que la donatrice eût conservé en bon état son héritage, et que cet héritage se seroit trouvé être dans la succession, de la valeur de quinze mille livres. La donation a donc fait en ce cas, aux enfants, un préjudice de quinze mille livres dans la succession.

577. *Vice versâ*, lorsque l'héritage donné au second mari, a augmenté de valeur, il doit être estimé, non eu égard à ce qu'il valoit au temps de la donation, mais eu égard à ce qu'il vaut au temps de la succession. Par exemple, si une femme a donné à son second mari une maison dans une petite ville, qui ne valoit que trois mille livres lors de la donation, laquelle, au moyen des manufactures qui s'y sont établies, et qui y ont fait augmenter les loyers des maisons, se trouve être de valeur de cinq mille livres au temps de la mort de la donatrice, cette maison doit être estimée cinq mille livres; car la donation fait aux enfants un préjudice de cinq mille livres dans la succession de leur mère; puisque si elle n'eût pas été faite, cette maison se trouveroit dans la succes-

sion, et les enfants trouveroient dans la succession une valeur de cinq mille livres de plus qu'ils n'y trouvent.

578. Lorsque c'est par des impenses utiles que le donataire a faites sur l'héritage, que le prix s'en trouve augmenté lors de la mort de la donatrice, l'héritage ne doit être estimé que ce qu'il vaudroit, si ces impenses n'eussent pas été faites, et qu'il eût été laissé au même état auquel il étoit lors de la donation; car, si la donation n'avoit pas été faite, il se seroit trouvé dans cet ancien état dans la succession, et la succession n'eût été augmentée que de la valeur qu'il auroit eu étant dans cet ancien état. La donation ne fait donc préjudice que de cette valeur.

579. Lorsque ce sont des impenses nécessaires qui ont été faites par le second mari sur l'héritage, il ne doit être estimé que sous la déduction desdites impenses : car ces impenses étant supposées nécessaires, si la donation n'eût pas été faite, la donatrice eût été obligée de les faire; la somme qu'elle y auroit employée se trouveroit de moins dans sa succession; c'est pourquoi l'héritage n'auroit augmenté sa succession que sous la déduction de cette somme qui s'y seroit trouvée de moins.

Nous n'entendons parler que des grosses impenses : celles d'entretien sont une charge des fruits que le donataire perçoit, et il ne peut les répéter.

580. Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent, doit s'observer, soit que le second mari ait conservé l'héritage qui lui a été donné, soit qu'il l'ait aliéné: on doit, en l'un et en l'autre cas, l'estimer eu égard à la valeur qu'il a au temps de la succession, quoiqu'elle soit au-dessus ou au-dessous du prix qu'il l'a vendu; car soit qu'il ait conservé cet héritage, soit qu'il l'ait vendu, la donation fait également préjudice aux enfants dans la succession de leur mère, de la valeur présente de l'héritage qui s'y seroit trouvé, s'il n'avoit pas été donné au second mari.

Ce que nous avons dit à l'égard des impenses utiles ou nécessaires, a pareillement lieu, soit qu'il ait aliéné l'héritage, soit qu'il l'ait conservé.

581. Si néanmoins la vente que le second mari a faite de l'héritage qui lui a été donné, étoit une vente forcée que la donatrice eût pareillement été obligée de faire, *putà*, pour une cause d'utilité publique, ou pour une cause de réméré

auquel l'héritage étoit sujet, il est évident, en ce cas, qu'il n'y auroit pas lieu à l'estimation de cet héritage, et qu'on ne comprendroit dans l'estimation de la donation faite au second mari, que la somme qu'il a reçue ou qui lui est due pour le prix de la vente forcée qu'il en a faite : car, quand même la donation n'auroit pas été faite, il ne se seroit trouvé de plus dans la succession de la donatrice, que cette somme pour laquelle elle auroit été pareillement obligée de le vendre.

582. Il en est des rentes de même que des héritages : une rente qu'une femme a donnée à son second mari, doit s'estimer eu égard à la valeur qu'elle a lors de la mort de la donatrice, plutôt qu'eu égard à la valeur qu'elle avoit lors de la donation. Par exemple, si la rente qui a été donnée, étoit d'une valeur moindre que son capital, lors de la donation, parce que la solvabilité du débiteur de la rente étoit alors suspecte, et que depuis, le débiteur, par des successions qui lui sont échues, étant devenu riche, la rente se trouve, lors de la mort de la donatrice, de la valeur de son principal, elle sera estimée suivant cette valeur : *vice versâ*, si la rente, qui, lors de la donation, étoit de la valeur de son capital, par le renversement de la fortune du débiteur, ou par quelque autre cause, se trouve, lors de la mort de la donatrice, n'être plus de la valeur de son capital, elle ne sera estimée que ce qu'elle vaut alors, pourvu que ce ne soit pas par la faute du donataire ou de ses successeurs, qu'elle soit diminuée de valeur; *putà*, pour avoir laissé perdre les hypothèques de cette rente, faute de s'être opposé aux décrets des héritages hypothéqués, ou d'avoir interrompu la prescription.

Lorsque la rente a été remboursée, on comprend dans l'estimation de la donation, le prix que le second mari a reçu pour le rachat. Si, après la discussion des biens du débiteur, le second mari n'a pu venir utilement en ordre que pour une partie du capital, sans qu'il y ait eu de sa faute, on ne comprendra dans l'estimation de la donation, que la somme qu'il a reçue; car, si la donation n'eût pas été faite, la donatrice n'auroit pareillement pu recevoir que cette somme. Donc le donataire n'a fait préjudice aux enfants, dans la succession de la donatrice, que de cette somme.

583. Si le second mari, lors de l'ordre, étoit créancier, non-seulement du principal de la rente qui lui a été donnée,

mais de plusieurs arrérages courus depuis la donation, ce qu'il a reçu à l'ordre doit se répartir par proportion, tant sur le capital de la rente qui lui appartient à la charge de la réduction de l'édit, que sur les arrérages qui lui appartiennent parfaitement, et qui ne sont pas sujets à cette réduction.

Par exemple, s'il étoit créancier de dix mille livres pour le capital de la rente, et de cinq mille pour les arrérages, ce qui fait en total quinze mille livres, et qu'il n'ait reçu à l'ordre que sept mille cinq cents livres, qui est la motié de cette somme, il doit être censé en avoir reçu cinq mille livres pour la moitié de son principal, et les deux mille cinq cents livres de surplus, pour la moitié de ses arrérages. C'est pourquoi, dans l'estimation qu'on fera de la donation qui lui a été faite de cette rente, on ne portera que la somme de cinq mille livres, comme n'ayant reçu que cette somme sur le capital de cette rente.

584. Le principe que nous avons établi jusqu'à présent, que pour régler si et jusqu'à quelle concurrence la donation faite au second mari doit souffrir réduction, on doit estimer, eu égard au temps de la mort de la donatrice, tant les biens compris dans la donation que ceux de sa succession, est confirmé par le texte de la novelle 22, *cap.* 28, où il est dit : *Tempus illud considerandum est quo binubus moritur, et portionem indè sumendam, et secundùm eam id quod plus est contemplantes, auferre quod transcendit, oportet, et filiis applicare; in omnibus talibus, non ab initio donatione aut scripturâ respiciendâ, sed qui vocatur eventus considerandus est.*

585. Comme c'est au temps de la mort de la donatrice que le droit qu'ont les enfants de demander la réduction de la donation faite au second mari, devient ouvert, il s'ensuit que c'est précisément à ce temps qu'on doit avoir égard pour juger s'il y a lieu à la réduction de l'édit, et jusqu'à quelle conrurrence; c'est pourquoi on doit estimer l'héritage précisément eu égard à la valeur qu'il avoit au temps de la mort de la donatrice. Non-seulement donc il n'importe pas qu'il ait valu plus ou moins au temps de la donation, comme nous l'avons vu jusqu'à présent; mais il n'importe pas non plus que, par quelque accident survenu depuis la mort, il ait augmenté ou diminué de valeur.

Par exemple, si l'héritage, lors de la mort de la donatrice,

qui a donné ouverture au droit des enfants, étoit de valeur de vingt mille livres, et la portion de l'enfant le moins prenant dans la succession, de la valeur de quinze mille livres; quoique par une inondation survenue depuis la mort de la donatrice, qui a ensablé une partie des terres de cet héritage, il ne soit plus que la valeur de dix mille livres, qui est au-dessous de celle de la portion de l'enfant, néanmoins on doit considérer la valeur de vingt mille livres qu'il avoit au temps de la mort de la donatrice, qui est d'un quart plus forte que celle de la part d'enfant; et en conséquence les enfants doivent avoir le droit de demander le retranchement à leur profit du quart de cet héritage. Le droit de demander ce retranchement, qui est né et acquis aux enfants lors de la mort de la donatrice, ne peut pas leur être ôté : toute la perte que doit leur causer l'accident survenu à l'héritage depuis l'ouverture de leur droit, c'est que le quart de cet héritage dont ils ont droit de demander le retranchement, et qui valoit lors cinq mille livres, ne vaut plus que deux mille cinq cents livres.

586. Après que, par la liquidation de la succession de la femme qui a fait une donation à son second mari, et de la portion de l'enfant le moins prenant dans cette succession, et par l'estimation des biens compris dans la donation, on a reconnu de combien cette donation excède le montant de la part d'enfant, *putà*, d'une moitié, d'un tiers, d'un quart; les biens compris en la donation se trouvant en ce cas communs entre les enfants pour la portion qui en doit être retranchée à leur profit, et le second mari pour le surplus, on doit procéder, entre le second mari et les enfants, au partage de ces biens, par lequel partage on délivre aux enfants, en biens de ladite donation, la portion qui en doit être retranchée à leur profit, et on laisse le surplus au second mari.

Si les biens qu'on assigne par ce partage aux enfants pour la portion qui doit être distraite à leur profit, excèdent le montant de cette portion, on charge ces biens d'un retour envers le second mari; et, *vice versâ*, si ces biens ne remplissent pas entièrement les enfants de la portion qui doit être retranchée à leur profit, on charge d'un retour envers eux, ceux qui sont restés au second mari.

Le second mari et les enfants contractent réciproquement

l'obligation de garantie que forme le partage entre des copartageants.

Lorsque dans une donation, dont une portion doit être retranchée au profit des enfants, il n'y a qu'un héritage qui ne peut être commodément partagé entre les enfants pour la portion qui en doit être retranchée, et le second mari pour le surplus, chacune des parties peut en ce cas demander la licitation.

587. Les fruits, tant civils que naturels, des héritages compris dans la donation, et qui ont été perçus depuis le jour du décès de la donatrice, jour auquel le droit des enfants a été ouvert, appartiennent auxdits enfants, pour la portion desdits biens, qui doit être retranchée à leur profit : le mari qui a perçu ces fruits avant le partage ou la licitation, leur en doit faire raison *dedictus impensis*.

588. La portion qui doit être retranchée de la donation, peut être demandée même dans les biens possédés par des tiers détenteurs, et que le second mari a aliénés par des aliénations volontaires; les enfants ont, pour cet effet, contre ces tiers détenteurs, une action, comme nous l'avons vu *suprà*. Néanmoins, lorsque le mari n'a aliéné qu'une partie des biens compris dans la donation, et que, dans ceux qui lui sont restés, il s'en trouve suffisamment pour remplir les enfants de la portion entière qui doit être retranchée de la donation, à leur profit, il est équitable en ce cas, pour éviter les recours de garantie et les dommages et intérêts qu'auroient à prétendre ces tiers acquéreurs contre le second mari, que les enfants soient remplis dans les biens restés au second mari, de la portion qui doit être retranchée à leur profit, et qu'ils ne soient pas écoutés à rien demander aux tiers détenteurs.

Lorsque les enfants sont obligés de se pourvoir contre les tiers détenteurs, parce qu'il ne reste pas au second mari une quantité suffisante des biens compris en la donation pour les remplir; si ces tiers détenteurs ont acquis sans connaissance de la charge à laquelle ces biens étoient sujets, étant possesseurs de bonne foi, ils ne sont tenus des fruits de la portion dont on demande le retranchement, que depuis la demande donnée contre eux; sauf aux enfants à se pourvoir pour ceux perçus avant la demande, et depuis le décès de leur mère, contre le second mari, qui en est tenu personnellement.

589. Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent de l'estimation qui doit se faire de la valeur dont sont les biens compris dans la donation au temps de la mort de la donatrice, du partage qui doit s'en faire entre les enfants et le second mari, et de l'action contre les tiers détenteurs, n'a lieu que lorsque ce sont des biens immeubles qui ont été donnés au second mari. Lorsque c'est de l'argent, des marchandises, ou d'autres meubles qui ont été donnés, si la somme donnée, ou celle à laquelle montoit, lors de la donation, le prix des effets donnés, se trouve, lors de l'ouverture de la succession de la mère, excéder la valeur de la part de l'enfant le moins prenant, les enfants sont créanciers du second mari, pour la restitution de cet excédant; leur créance n'est qu'une simple créance d'une somme d'argent contre le second mari, avec hypothèque sur ses biens, du jour de la donation, par laquelle il est censé s'être tacitement obligé à la restitution de cet excédant. Les enfants n'ont aucune action contre les tiers détenteurs d'aucuns des meubles compris dans la donation, et aliénés par le second mari; ils ont seulement un privilége sur ceux qui sont restés en nature au second mari, pour la créance de la somme d'argent qu'il leur doit.

## ARTICLE VI.

### Comment et à quel titre se partagent les biens retranchés; et entre quelles personnes.

590. La portion des biens qui a été retranchée d'une donation de biens immeubles faite au second mari, par le partage qui s'est fait entre le second mari et les enfants après la mort de la donatrice, n'est point censée faire partie des biens de la donatrice; la mère desdits enfants s'étant, par la donation entre-vifs qu'elle a faite à son second mari, dépouillée de tous les biens compris en cette donation, il ne s'en est rien trouvé après sa mort dans sa succession. La portion que l'édit en a retranchée au profit des enfants, n'est pas tombée dans sa succession : les enfants, au profit desquels l'édit a fait le retranchement de cette portion, ne la tiennent que de l'édit; ils ne la tiennent point de la succession de leur mère; l'édit est le seul titre en vertu duquel elle leur appartient.

De là il suit, 1° que la portion retranchée doit être partagée entre tous les enfants, au profit desquels nous avons vu en

l'art. 4, que se faisoit le retranchement, soit qu'ils aient renoncé à la succession de leur mère, soient qu'ils l'aient acceptée.

Observez néanmoins que quoique les enfants ne partagent point à titre de succession la portion retranchée, et que ceux qui ont renoncé à la succession, y soient admis, ils la partagent néanmoins dans l'ordre des successions. C'est pourquoi les petits-enfans d'un fils ou d'une fille n'y sont admis qu'à défaut de leur père ou mère prédécédés; auquel cas ils la partagent par représentation et par souches.

591. Il suit, 2° de notre principe, que les enfants qui ont renoncé à la succession de leur mère, ou qui ne se sont portés ses héritiers que sous bénéfice d'inventaire, ne sont point tenus des dettes de leur mère, pour raison de la portion de biens qui a été retranchée à leur profit, de la donation faite au second mari; à moins que les créanciers ne fussent des créanciers antérieurs à la donation, qui auroient des hypothèques sur lesdits biens, ou en fraude desquels la donation auroit été faite.

Ils n'ont rien à craindre non plus des créanciers hypothécaires du second mari; car, par la réduction de la donation, le droit du second mari ayant été éteint sur la portion retranchée, le droit d'hypothèque qu'il y avoit donné à ses créanciers, a été pareillement éteint, n'ayant pas pu leur donner plus de droit qu'il n'en avoit lui-même. C'est le vrai cas de la règle, *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.* La résolution du droit du second mari sur la portion retranchée, se fait *ex causâ antiquâ necessariâ et inhærente contractui*, puisque la donation n'avoit pu lui être faite que sous la charge facite du retranchement qui a lieu. Cette résolution doit donc entraîner celle des hypothèques, et de tous les autres droits réels qu'il auroit pu imposer sur la portion retranchée.

592. Il suit aussi de notre principe, que la part qu'un enfant a eue de la portion retranchée de la donation faite par sa mère au second mari, ne doit pas être imputée sur sa légitime. *Finge.* Une femme a fait une donation à son second mari, qui monte à vingt mille livres; elle a laissé encore quarante mille livres dans sa succession. Elle a deux enfants; elle a fait l'aîné légataire universel. Pour fixer la légitime à laquelle le puîné se trouve réduit par ce legs universel, il faut faire par fiction une masse, tant des quarante mille li-

vres qui sont restées dans la succession, que des vingt mille données au second mari, laquelle montera à soixante mille livres : la légitime du puîné, dans cette masse, est de quinze mille livres. La donation de vingt mille livres, faite au second mari, étant plus forte de cinq mille livres que la portion de l'enfant légitimaire, elle doit souffrir retranchement de cette somme de cinq mille livres. Lorsque le puîné voudra prendre en entier, dans les biens délaissés par sa mère, les quinze mille livres qui lui appartiennent pour sa légitime, l'aîné ne pourra pas l'en empêcher, en lui opposant qu'il doit imputer sur sa légitime la part qu'il a dans les cinq mille livres retranchées de la donation du second mari; car cet enfant légitimaire ne tient que de la loi ce qu'il en a eu : il ne le tient pas de sa mère, qui, bien loin de le lui donner, le lui a voulu ôter, en le donnant à son second mari; *Ricard, part.* 3, *n.* 1312.

593. La portion retranchée n'étant point partagée entre les enfants à titre de succession, le fils aîné, héritier de sa mère, a-t-il droit de prétendre son droit d'aînesse dans les biens nobles qui se trouvent dans la portion retranchée? La question souffre difficulté. Il y a lieu de soutenir que l'aîné est fondé. Le retranchement que fait l'édit de ce qu'il y a d'excessif dans la donation faite au second mari, est, comme nous l'avons déjà dit ailleurs, une réparation du préjudice que la donation faite au second mari apporte aux enfants : d'où il suit que le préjudice que l'aîné a souffert dans la succession de sa mère, de la donation des biens féodaux faite au second mari, dans lesquels il auroit eu une plus grande part que ses frères et sœurs, étant plus grand que celui qu'ont souffert ses frères et sœurs, il est naturel qu'il ait une plus grande part dans le retranchement, qui est la réparation de ce préjudice, la part dans la réparation devant être proportionnée au préjudice souffert. Il paroît que c'étoit le sentiment de Ricard. On peut pour cela tirer argument de ce que cet auteur décide, *p.* 3, *n.* 1390, que l'aîné prend droit d'aînesse dans les biens que la femme est tenue de réserver aux enfants de son premier mariage, par le second chef de l'édit, quoiqu'ils n'y aient droit qu'en leur qualité d'enfants, et que ces biens ne soient proprement ni de la succession de leur mère, ni de celle de leur père. Il y a même raison pour le décider à l'égard des biens retranchés en vertu du premier chef.

594. Il reste, sur le partage de la portion retranchée, la question de savoir si le second mari doit être admis à la partager, et à y prendre la même part que celle qu'y prendra l'un des enfants. La glose, sur la loi *Hâc edictali*, paroît décider pour l'affirmative : c'est aussi l'avis de Renusson, *Traité de la communauté*, IV, III, 67. La raison de ces auteurs est que l'édit, en déclarant que les femmes ne pourront donner à leurs seconds maris plus qu'à l'un des enfants le moins prenant, l'intention du législateur est que le second mari ne puisse avoir plus que l'un des enfants le moins prenant ; mais elle n'est pas qu'il ait moins. Néanmoins, si le second mari n'étoit pas reçu à partager avec les enfants la portion retranchée, il se trouveroit qu'il auroit moins que l'enfant le moins prenant; car cet enfant a déjà dans les biens restés à la mère, et qui se trouvent dans sa succession, autant qu'a le second mari dans ce qui lui reste de la donation qui a été réduite à cette part. Si cet enfant, outre cela, prenoit une part dans la portion de biens qui a été retranchée de la donation, sans que le second mari fût admis à prendre une pareille part, le second mari auroit moins que cet enfant, qui auroit de plus que lui sa part dans la portion retranchée. Ricard, qui traite la question, *p. 3, n.* 1319 *et suiv.*, est d'avis, nonobstant ces raisons, que le second mari ne doit point être admis à partager avec les enfants la portion retranchée de la donation. Il se fonde sur les termes de la loi *hâc edictali*, §. 6, *vers. fin. verò*, où il est dit : *Id quod relictum, vel donatum, vel datum fuerit, tanquam non scriptum, nec derelictum, vel donatum, vel datum sit, ad personas deferri liberorum, et inter eos dividi jubemus.* Les empereurs n'appellent point le second mari au partage de cette portion qui doit être retranchée de sa donation.

Ricard se fonde aussi sur la novelle 22, *cap.* 27, dont les termes sont encore plus formels. Il y est dit : *Quod plus est in eo quod relictum, aut datum est, aut novercæ, aut vitrico, ac si neque scriptum, neque relictum, aut datum, vel donatum, competit filiis ; et inter* EOS SOLOS *ex æquo dividitur, ut oportet.*

Les textes de ces lois doivent servir d'interprétation au premier chef de l'édit, qui a été tiré de ces lois, lesquelles sont expressément approuvées par le préambule de l'édit, en ces termes : « A QUOI les anciens empereurs ont voulu pour» voir par plusieurs bonnes lois et constitutions, et nous » avons LOUÉ ET APPROUVÉ icelles lois, etc. »

A l'égard de la raison apportée pour l'opinion contraire, Ricard répond, en convenant que l'édit défend seulement à la femme de donner à son mari *plus* qu'à l'un de ses enfants le moins prenant dans sa succession, qu'elle lui permet de lui en donner autant : mais que s'ensuit-il? Rien autre chose, sinon que toutes les fois qu'une donation faite au second mari, n'excédera pas la part que l'enfant le moins prenant a droit de prétendre dans la succession, cette donation sera valable, et ne sera sujette à aucune réduction.

Mais il ne s'ensuit pas que lorsque la somme aura contrevenu à l'édit, en faisant à son second mari une donation plus forte qu'il ne lui étoit permis, ce qu'elle lui a donné de plus qu'il ne lui étoit permis, ne doive être, par forme de peine de sa contravention, retranché de la donation, et appliqué à ses enfants seuls, comme le dit la novelle. On peut même dire qu'en ce cas, l'enfant le moins prenant n'a de sa mère rien de plus que le second mari; car ce qu'il a dans les biens retranchés de la donation, il ne le tient que de la loi : il ne le tient pas de sa mère, qui, au contraire, a voulu l'en dépouiller, pour le donner au second mari.

### ARTICLE VII.

#### Des donations de part d'enfants.

595. Il arrive souvent qu'une personne qui convole en secondes noces, au lieu de donner à sa seconde femme ou à son second mari, de certains effets déterminés, ou une certaine somme d'argent, lui donne par son contrat de mariage, en termes généraux, *une part d'enfant.*

Ces donations de part d'enfant ne sont pas proprement des institutions contractuelles d'héritier; car le second mari, donataire d'une part d'enfant, ne prend pas à titre d'héritier la part qui lui est donnée dans les biens de la succession de sa femme : il n'est pas héritier de cette part; il n'en est que donataire; et en conséquence il n'est pas tenu indéfiniment *et ultrà vires* pour cette part, des dettes de la succession, comme l'est un héritier; il n'en est tenu que jusqu'à concurrence de la part des biens dont il est donataire, qu'il peut abandonner pour se décharger de la part des dettes dont il est tenu en sa qualité de donataire.

Quoique les donations d'une part d'enfant ne soient pas

proprement des institutions contractuelles d'héritier, elles tiennent néanmoins beaucoup de ces institutions contractuelles : comme elles, elles deviennent caduques par le prédécès du donataire avant la donatrice, ou le donateur. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 13 avril 1688, rapporté par Renusson, en son *Traité de la communauté, part. 4, chap. 3, n. 72*, et au *Journal du Palais.* La raison est, que la part d'enfant dans la succession de la donatrice, qui fait l'objet de la donation, est une chose qui ne commence à exister que lorsqu'il y a une succession, c'est-à-dire, lors de la mort de la donatrice. Le donataire, avant ce temps, n'a qu'un droit informe. Il ne peut avoir un droit formé à une chose qui n'existe pas encore : par conséquent, lorsqu'il meurt avant la donatrice, n'ayant encore alors acquis ni pu acquérir aucun droit à la chose donnée, qui n'existoit pas encore, il n'y a rien qu'il ait pu transmettre à ses héritiers. Les donations étant faites à la personne du donataire que le donateur a eu seul en vue, le droit qui résulte d'une donation ne peut se former qu'en la personne du donataire. Lorsque le donataire meurt avant qu'il soit formé, il ne peut plus se former, après sa mort, en la personne de ses héritiers, puisqu'ils ne sont pas les personnes à qui la donation a été faite.

En cela une donation de *part d'enfant* est très-différente de celle d'un corps certain, ou d'une somme déterminée. Le second mari acquiert, par son contrat de mariage, le droit de propriété du corps certain, ou le droit de créance de la somme que sa femme lui a donnée; et il transmet dans sa succession, lorsqu'il prédécède, ce droit de propriété ou de créance qui lui a été acquis.

596. De même que, dans les institutions contractuelles qui sont faites par contrat de mariage de l'un des futurs époux, on suppose une substitution vulgaire tacite des enfants nés de ce mariage, pour recueillir la succession à la place de l'institué, dans le cas auquel il prédécéderoit; on suppose de même dans une donation de part d'enfant faite par contrat de mariage au second mari, une substitution vulgaire tacite au profit des enfants qui naîtront du mariage, pour recueillir la donation de part d'enfant, en cas de prédécès du second mari donataire. C'est l'avis de Renusson, *ibid., n. 73.* Comme cette opinion de Renusson pourroit peut-être souffrir quelque difficulté, les donations de part

d'enfant n'étant pas favorables, il est plus sûr d'exprimer cette substitution dans le contrat de mariage.

597. Le second mari (ou la seconde femme) donataire d'une part d'enfant, a droit de prendre cette part dans tous les biens de la succession de la donatrice, soit meubles, soit immeubles, soit acquets, conquets ou propres, sauf néanmoins dans certains biens mentionnés dans le second chef de l'édit, et dans les extensions que quelques coutumes y ont faites, et dont nous traiterons dans les sections suivantes. Le second mari ou la seconde femme donataire de part d'enfant, ne peut prendre aucune part dans ces sortes de biens.

La part du second mari donataire de part d'enfant, se règle sur le nombre des enfants qui se trouvent appelés à la succession lors de la mort de la donatrice. Par exemple, s'il y en a six, la part du second mari sera un septième.

598. Lorsque la donatrice est morte sans laisser d'enfants, ceux qu'elle avoit étant tous prédécédés, quoique la donation qu'elle auroit faite à son second mari de tous ses biens, eût été en ce cas valable, néanmoins lorsque c'est *une part d'enfant* qu'elle lui a donnée, le donataire *de part d'enfant* ne peut pas prétendre le total des biens de la donatrice; car une *part* n'est pas le total.

Quelle sera donc la part qui sera censée en ce cas faire l'objet de la donation? Ricard, *part.* 3, *n.* 1281, pense qu'en ce cas, la part que doit avoir le second mari, donataire de part d'enfant, est la moitié de tous les biens indistinctement, quels qu'ils soient. Son avis est fondé sur ce que le terme *part*, lorsqu'il est indéfini, se prend, dans le langage ordinaire, pour la moitié : *Partis appellatio, non adjectâ quotâ, dimidia intelligitur;* l. 164, §. 1, ff. *de verb. signif.* Denisart cite un arrêt de 1763, qui l'a jugé.

599. Lorsque la donatrice n'a laissé qu'un fils unique, ce fils, dont le partage des biens féodaux qu'il fait avec le second mari, donataire de part d'enfant, doit-il avoir un droit d'aînesse tel qu'il l'auroit eu, s'il eût partagé la succession avec un autre enfant? Pour la négative, on peut dire que le droit d'aînesse dans une succession, étant l'avantage que la loi donne à l'aîné sur ses frères et sœurs, il ne peut y avoir de droit d'aînesse lorsqu'il n'y a qu'un enfant unique. On dit au contraire, pour l'affirmative, qu'une donation de part

d'enfant, est la donation de la part qu'auroit eue un autre enfant, si la donatrice en eût laissé un autre que celui ou ceux qu'elle a laissés. Or, un autre enfant n'auroit eu que le tiers des biens nobles, après qu'on en auroit prélevé le manoir et le vol du chapon : le second mari n'en doit donc pas avoir davantage.

600. Lorsque la donatrice n'a laissé que deux enfants, un aîné et un puîné, la part que le second mari doit avoir dans les biens nobles que la donatrice a laissés à son décès, après qu'on en a prélevé le manoir et le vol du chapon, doit être le quart; 1° parce que c'est la part qu'eût eue un autre enfant, s'il y en eût eu un de plus; 2° parce qu'en assignant au second mari cette portion, la loi qui règle la part du second mari à celle de l'enfant le moins prenant dans la succession, et la loi qui attribue à l'aîné les deux tiers dans les biens nobles de la succession, outre le manoir et le vol du chapon, lorsqu'il n'y a que deux enfants, se trouvent l'une et l'autre exécutées. C'est ce qu'il est facile de faire voir.

Il faut observer pour cela que la succession de la mère dans les biens nobles par elle délaissés à son décès, n'est composée que de ce qui en reste après distraction faite de la portion donnée dans lesdits biens au second mari, car ce qui a été donné ne fait plus partie de la succession de la mère. En faisant donc, dans les biens nobles délaissés par la donatrice, la distraction du quart pour la portion donnée au second mari, il ne se trouvera plus dans la succession de la mère, qui est à partager entre ses deux enfants, que les trois quarts desdits biens nobles à partager entre l'aîné et le puîné. L'aîné en prend les deux tiers, qui font deux quarts, ou la moitié au total; le puîné prend l'autre tiers de ces trois quarts, qui est un quart au total, laquelle part du puîné se trouve égale à celle du second mari.

601. Il y a plus de difficulté sur la fixation de la portion d'enfant dans les biens nobles, lorsque la donatrice a laissé plus de deux enfants. Par exemple, je suppose que la donatrice a laissé cinq enfants, un aîné et quatre puînés; doit-on dire tout uniment que la portion d'enfant du second mari donataire, doit être celle qu'y auroit eue un sixième enfant, c'est-à-dire, un cinquième en la moitié, qui est un dixième au total? Cette décision a un inconvénient:

la portion que le second mari, donataire d'une part d'enfant, prend dans les biens délaissés par la donatrice à son décès, ne fait pas partie de la succession de la donatrice; cette portion en a été distraite par la donation qui en a été faite au donataire; et la succession de la donatrice n'est proprement composée que de ce qui reste des biens délaissés par la donatrice à son décès, après distraction faite de la portion donnée au second mari. Ayant donc distrait un dixième des biens nobles délaissés par la donatrice à son décès, pour la portion donnée au second mari, la succession n'est plus composée que des neuf dixièmes desdits biens nobles. En donnant cinq dixièmes à l'aîné dans les neufs dont la succession est composée, et un dixième à chacun des quatre puînés, l'aîné se trouvera avoir plus de la moitié des biens nobles, dont la succession est composée, outre le manoir et le vol du chapon; ce qui est contraire à la loi des fiefs sur le droit d'aînesse, qui ne donne à l'aîné que la moitié, outre le manoir et le vol du chapon, lorsqu'il y a plus de deux enfants.

Le système qui donne au second mari, donataire de part d'enfants, précisément et tout uniment, la même part qu'eût eue un autre enfant, s'il y en eût eu un de plus, souffre encore un autre inconvénient, en ce qu'il fait porter aux puînés seuls tout le préjudice qui résulte de la donation, sans que l'aîné en porte rien; ce qui est contraire à un autre principe de la matière du droit d'aînesse, qui est, qu'un aîné ne peut, à la vérité, souffrir des donations des biens nobles qui sont faites à ses puînés; mais il souffre, comme ses puînés, des donations qui sont faites à des étrangers, tel qu'est un second mari. Chacun des enfants en souffre à proportion de la part qu'il eût eue dans les biens donnés, s'ils fussent restés dans la succession, et n'eussent pas été donnés: l'aîné, qui en eût eu la moitié, doit trouver cette moitié de moins dans les biens de la succession.

Je crois avoir trouvé une manière de fixer la portion du second mari, donataire de part d'enfant, dans les biens nobles que la donatrice à laissés à son décès.

Je l'ai déjà expliquée dans mon introduction au titre 10 *de la coutume d'Orléans, chap.* 9, *art.* 1, §. 4. Je pense que lorsque la donatrice a laissé plus de deux enfants venant, ou ayant droit de venir à la succession, parmi lesquels il y a un aîné, pour fixer et déterminer la portion que doit avoir le second

mari dans les biens nobles, suivant les coutumes de Paris, d'Orléans, et autres semblables, il faut, dans les biens nobles que la donatrice a laissés à son décès, distraction préalablement faite du manoir et vol du chapon, faire deux fois autant de portions qu'il y a de puînés, plus une. Par exemple, si la donatrice a laissé cinq enfants, savoir : un aîné et quatre puînés, il faut faire, dans lesdits biens, neuf portions, et en donner une au second mari : l'aîné, dans les huit neuvièmes restants qui composent la succession, aura quatre neuvièmes, ce qui fait précisément la moitié des biens nobles dont la succession se trouve composée : chaque puîné aura un neuvième, qui est une part égale à celle du second mari. Le préjudice que la donation d'une neuvième portion faite au second mari, porte à la succession, est porté pour une moitié par l'aîné, lequel, au lieu de la moitié au total qu'il eût eue, si la donation n'eût pas été faite, n'a que quatre neuvièmes, qui font un dix-huitième de moins que la moitié : il souffre par là pour moitié le préjudice que la donation du neuvième, faite au second mari, porte à la succession, le dix-huitième étant la moitié du neuvième. Par ce moyen, tous les principes, tant sur la matière des donations de part d'enfant, que sur celles du droit d'aînesse, se trouvent conciliés.

On peut faire une opération semblable dans les coutumes qui donnent à l'aîné une portion plus grande que dans celle de Paris. Par exemple, dans celles qui donnent les deux tiers à l'aîné, il faudra faire trois fois autant de portions qu'il y a de puînés, plus une. S'il y a cinq enfants, un aîné et quatre puînés, il faudra faire treize portions ; donner au second mari un treizième, et, des douze treizièmes restants, en donner huit treizièmes à l'aîné, et un à chaque puîné.

602. Le second mari n'a la portion fixée par ces opérations, que lorsque la donatrice a laissé à chacun de ses enfants la portion que la loi leur défère. Si elle les avoit réduits, ou l'un d'eux, à une moindre portion, celle du second mari, qui ne peut pas l'excéder, diminueroit d'autant. Par exemple, si une femme qui a donné part d'enfant à son second mari, avoit, dans la coutume de Paris, laissé une succession de biens nobles et cinq enfants, et qu'elle eût réduit chacun de ses quatre puînés, ou seulement l'un deux, à sa légitime, qui est un seizième au total, moitié du huitième que chacun

des quatre puînés eût eu, s'il n'y avoit eu aucune donation de faite, la portion du mari ne sera pareillement que d'un seizième.

603. Il reste une question sur le partage qui est à faire entre les enfants et le second mari, donataire d'une part d'enfant. Je suppose qu'une femme laisse deux enfants et le second mari, donataire de part d'enfant, il reste de net, dans les biens par elle délaissés à son décès, soixante mille livres. Cette femme, depuis la donation faite au second mari, avoit fait donation à l'un de ses enfants, d'une somme de quinze mille livres, qu'elle lui avoit payée comptant. Suffit-il, pour remplir le second mari de sa part d'enfant, de lui délivrer le tiers des biens que la femme a laissés à son décès? Le second mari peut-il, en outre, prétendre sa part dans les quinze mille livres que l'enfant donataire est obligé de rapporter à la succession? Pour la négative, on dira que le rapport n'est établi qu'en faveur des cohéritiers, pour conserver l'égalité entre eux; l'enfant donataire ne le doit qu'à son cohéritier : le second mari, qui est un donataire étranger, n'y peut donc rien prétendre. Néanmoins il faut décider que lorsque les donations faites aux enfants sont postérieures à celle qui a été faite au second mari, le second mari doit y prendre part. La raison est que cette donation faite au second mari, étant une donation irrévocable, il ne doit pas être au pouvoir de la femme de la détruire, d'y donner atteinte, d'en anéantir, ou même d'en diminuer l'effet par des donations qu'elle feroit depuis à ses enfants. Il est donc nécessaire, pour empêcher la donatrice d'y donner atteinte, de faire rapporter au profit du second mari, aussi bien que de ses cohéritiers, et de donner au second mari la part qu'il y auroit eue, si les donations n'eussent pas été faites. C'est un point jugé par un arrêt du 2 avril 1683, rapporté au Journal des Audiences.

### SECTION II.

#### Du second chef de l'édit.

604. Par le second chef de l'édit de François II, il est défendu aux femmes de rien donner à leur second mari, des avantages qu'elles ont eus de leur précédent mariage; et il est pareillement défendu aux hommes de rien donner desdites choses, à leur seconde femme.

Voici les termes de l'édit : « Au regard des biens à icelles » veuves acquis par *dons* et libéralités de leurs défunts maris, » icelles n'en peuvent et ne pourront faire part à leur nouveau » mari ; ains elles seront tenues les réserver aux enfants com» muns d'entre elles et leur maris, de la libéralité desquels » iceux biens leur seront advenus : le semblable voulons être » gardé ès biens qui sont venus aux maris par dons et libérali» tés de leurs défuntes femmes, tellement qu'ils n'en pour» ront faire don à leur seconde femme ; mais seront tenus les » réserver aux enfants qu'ils auront eus de leur première. »

Cette seconde disposition de l'édit est tirée de la constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, en la loi *Fœminæ*, 3, *cod. de sec. nupt.*, où il est dit : *Fœminæ quæ susceptis ex priore matrimonio filiis ad secundas transierunt nuptias, quidquid ex facultatibus priorum maritorum, sponsalium jure, etiam ex nuptiarum solemnitate perceperunt, aut quidquid mortis causâ donatum, aut testamento.... vel cujuslibet munificæ liberalitatis præmio ex bonis priorum maritorum fuerint assecutæ; id totum, ità ut perceperint, integrum ad filios quos ex præcedente conjugio habuerint, transmittant, vel ad quemlibet ex filiis (prioris matrimonii).... habeant facultatem possidendi tantùm, atque fruendi in diem vitæ, non etiam facultate alienandi concessâ.*

Par la loi 5, *cod. d. tit.* Théodose et Valentinien étendent aux hommes qui convolent en secondes noces, ce qui avoit été ordonné à l'égard des femmes par la loi précédente : ils ordonnent en conséquence, que les hommes qui convolent en secondes noces, soient tenus de conserver aux enfants de leur premier mariage, les biens qui leur sont parvenus de leur femme par leur premier mariage ; ils en attribuent même expressément la propriété auxdits enfants : *Dominium rerum quæ liberis per hujus legis vel præteritarum auctoritatem servantur, ad liberos pertinere decernimus ; itaque defuncto eo qui eas res liberis servabat extantes.... vindicabunt, consumptas ab heredibus ejus exigent.* Ils permettent néanmoins encore, par cette loi, au parent qui s'est remarié, de distribuer à son gré lesdits biens aux enfants de son premier mariage, auxquels il est tenu de les conserver.

Justinien, par ses novelles 2, *cap.* 1, et 22, *cap.* 25, a privé le parent qui s'étoit remarié, du droit de distribuer à son choix, entre les enfants du premier mariage, les biens qu'il est tenu de leur réserver.

Pour traiter avec ordre ce qui concerne le second chef de l'édit, nous verrons, dans un premier article, quels sont les avantages des précédents mariages qui sont sujets à la disposition de l'édit. Nous traiterons, dans un second, de l'espèce de substitution légale dont l'édit charge la femme ou l'homme qui ont passé à de secondes noces, par rapport aux biens provenus desdits avantages. Nous verrons, dans un troisième, quels sont les enfants qui sont appelés à recueillir cette substitution. Enfin, dans un quatrième, nous verrons quand elle s'éteint.

### ARTICLE PREMIER.

Quels avantages du premier mariage sont sujets au second chef de l'édit.

605. Quoique l'édit se serve de ces termes, au regard des biens à icelles veuves acquis par *dons et libéralités* de leurs défunts maris, néanmoins nous ne comprenons pas seulement, dans cette seconde disposition de l'édit, ce qu'une femme a acquis à titre de donation formelle et proprement dite, à elle faite par ses précédents maris, mais encore tout ce qui lui est provenu des avantages résultants des conventions matrimoniales de ses précédents mariages, et en général tous les biens dont ses précédents maris ont disposé directement ou indirectement à son profit, à titre gratuit.

D'après ce principe, on peut entrer dans le détail des différents avantages qui doivent être sujets au second chef de l'édit.

606. On demande si ce qu'une femme a eu en propriété des biens de son premier mari, à titre de douaire, y est entièrement sujet, ou seulement jusqu'à concurrence de ce qu'il excéderoit la valeur du coutumier. La raison de douter, est que c'est la loi qui donne aux femmes un douaire : celui qu'un mari donne à une femme n'est, jusqu'à la concurrence de la valeur du douaire coutumier, qu'un équivalent de celui que la loi lui donne, et n'est proprement ni un don ni une libéralité qu'il lui fait; qu'en conséquence on a décidé, à l'égard du premier chef de l'édit, que le douaire qu'un homme donnoit à sa seconde femme, n'étoit sujet à la réduction du premier chef de l'édit, que jusqu'à concurrence de ce qu'il excéderoit le coutumier. Nonobstant ces raisons, il faut décider avec Ricard, *part.* 3, *nomb.* 1343, que les biens qu'une femme a

eus à titre de douaire de son premier mari, sont sujets au second chef de l'édit, et qu'ils doivent être réservés en entier aux enfants du premier mariage. Le douaire que la loi donne aux femmes n'est qu'un usufruit : ce n'est donc pas de la loi, c'est de son premier mari que la femme tient la propriété des biens qu'il lui a donnés à titre de douaire, et c'est à un titre gratuit, puisqu'elle n'a rien donné du sien pour les avoir; ce qui suffit, suivant notre principe, pour qu'ils soient compris dans la réserve du second chef de l'édit.

Lorsque le douaire consiste en usufruit, il est évident que la femme ne peut pas réserver après sa mort, aux enfants de son premier mariage, ce qui s'éteint par sa mort.

607. Le préciput conventionnel, accordé à la femme par le contrat de son premier mariage, est aussi un avantage sujet au second chef de l'édit, pour la moitié, en cas d'acceptation de communauté. Si elle a eu un préciput en renonçant à la communauté, ce préciput, en ce cas, est un avantage pour le total, et est sujet, pour le total, à la réserve du second chef de l'édit.

Pareillement le préciput de l'homme est, pour la moitié, un avantage qu'il est censé avoir eu dans les biens de sa défunte femme, si les enfants ont accepté la communauté : s'ils y ont renoncé, il n'y a plus de préciput.

Il en est autrement du préciput légal que quelques coutumes accordent aux nobles : le survivant ne tient rien à cet égard du prédécédé, ni des biens du prédécédé; c'est un avantage purement légal que la loi lui donne au partage de la communauté, qui ne peut par conséquent être sujet à la réserve de l'édit; *Ricard, p. 3, n.* 1340 *et* 1341.

608. L'avantage qui résulte à une femme de ce que son défunt mari a apporté de plus qu'elle à la communauté, paroît aussi, lorsqu'elle l'a acceptée, être un avantage sujet au second chef de l'édit, pour la moitié de ce qu'il a apporté de plus qu'elle.

Il en est de même de celui qui résulte à l'homme de ce que sa défunte femme a apporté de plus que lui en communauté; c'est un avantage pour la moitié, si les enfants ont accepté la communauté, et même pour le total, lorsqu'ils y ont renoncé, et qu'il n'y avoit pas clause de reprise de cet apport à leur profit; *Ricard*, 1347.

609. Suivant la loi 3, §. 1, *cod. de sec. nupt.*, les biens

qui s'y trouveroient compris. Ricard, *p.* 3, *n.* 1390, décide que l'aîné a droit d'y prendre son droit d'aînesse, quoique les enfants ne recueillent pas ces biens à titre de succession. La raison est, que cette substitution légale étant établie par l'édit, comme un dédommagement du préjudice que souffrent les enfants des donations faites par leur père, à leur mère qui s'est remariée, et l'aîné souffrant un plus grand préjudice de ces donations, par rapport aux biens nobles qui s'y trouvent, dans lesquels il auroit exercé son droit d'aînesse, si son père les eût laissés dans sa succession, il doit avoir dans la substitution, qui est la réparation du préjudice fait aux enfants par la donation, une part proportionnée au préjudice qu'il souffre, et par conséquent exercer son droit d'aînesse dans la substitution, comme il l'eût exercé dans la succession, si la donation n'eût pas été faite.

Observez, 1° qu'il ne suffit pas, pour qu'un enfant puisse prétendre le droit d'aînesse dans les biens de cette substitution, qu'il soit l'aîné des enfants du mariage qui y sont appelés, s'il y a un fils d'un précédent mariage, qui n'y est pas appelé; car il n'y a de véritable fils aîné, que celui qui est l'aîné des enfants de tous les mariages : c'est pourquoi les biens de cette substitution se partageront en ce cas sans aucune prérogative d'aînesse.

Observez, 2° que quoiqu'il ne soit pas nécessaire que les enfants qui recueillent cette substitution légale, soient héritiers de leur père, l'aîné ne peut néanmoins y exercer son droit d'aînesse, s'il n'est héritier de son père; car les lois coutumières qui accordent le droit d'aînesse, ne l'accordent qu'à l'aîné qui est héritier.

### §. III. Quand s'éteint cette substitution.

626. Cette substitution, dont l'édit greve la femme qui s'est remariée, étant établie en faveur des enfants de son mariage avec celui qui lui a fait les dons et avantages, et ne devant être ouverte qu'à la mort de cette femme, c'est une conséquence qu'elle est éteinte par le prédécès de tous les enfants de ce mariage, sans aucune postérité qui les représente; car il ne reste plus personne au profit de qui elle puisse être ouverte.

C'est pourquoi les aliénations que la femme qui s'est remariée a faites des héritages à elles donnés par son premier mari, sont en ce cas confirmées, soit que ces aliénations aient

été faites avant, soit qu'elles aient été faites depuis son convol à un autre mariage.

La substitution est éteinte, non-seulement lorsqu'il ne reste aucun enfant de son mariage avec son premier mari qui lui a fait la donation, mais encore lorsque les seuls qui restent, ont été rendus incapables d'être admis à cette substitution, ayant été exhérédés, soit par leur père, soit par leur mère.

627. Lorsque la femme qui s'est remariée, devient veuve de son second mari, sans avoir aucun enfant de lui, Duplessis et Lemaître, sur la coutume de Paris, pensent que la substitution dont elle étoit chargée envers les enfants de son premier mariage, est en ce cas éteinte, et qu'elle recouvre la liberté d'aliéner les biens qui lui ont été donnés par son premier mari, et d'en disposer comme bon lui semblera. Leur raison est, que le convol de la femme à un autre mariage, n'a fait en ce cas aucun préjudice à ses enfants du premier mariage, et qu'elle redevient dans le même état que si elle ne s'étoit pas remariée. Cette opinion me paroît souffrir beaucoup de difficulté. L'édit fait dépendre la substitution dont il charge la femme envers ses enfants de son premier mariage, de deux conditions; de son convol à un autre mariage, et de sa mort avant lesdits enfants. La première est accomplie. Quoique la femme soit redevenue veuve sans enfants de son second mariage, il n'en est pas moins vrai qu'elle a convolé à de secondes noces. Sa mort avant les enfants de son premier mariage, qui est la seule qui reste à accomplir, doit donc donner ouverture à la substitution, et par conséquent elle ne recouvre pas la liberté de disposer de ses biens; elle continue de n'en pouvoir disposer que *cum causâ fideicommissi*.

## SECTION III.

### De l'extension que la coutume de Paris a donnée à l'édit, par rapport aux conquêts que la femme qui se remarie, a de ses précédents mariages.

628. La part qu'a eue la femme dans les biens de la communauté qui étoit entre elle et son premier mari, n'est point quelque chose dont elle puisse être censée avoir été avantagée par son premier mari; c'est de son chef qu'elle a cette part dans les biens de la communauté : elle ne la tient pas de

son mari, étant censée avoir elle-même acquis ces biens; ou si l'on veut qu'elle tienne de son mari au moins la part qu'elle a dans les biens que son mari y a apportés, en ayant de sa part apporté autant, elle ne la tient pas à titre lucratif.

Ces biens que la femme a eus pour sa part de la communauté, n'étant donc pas des biens dont on puisse dire qu'elle a été avantagée par son premier mari, ils ne sont pas compris dans la seconde partie de l'édit. Néanmoins comme la femme est redevable de l'acquisition de ces biens, à l'industrie, aux soins et à la collaboration de son premier mari, la coutume de Paris, suivie en cela par notre coutume d'Orléans, a jugé à propos, non pas d'étendre auxdits biens le second chef de l'édit, mais de ne pas laisser à cette femme, lorsqu'elle se remarie, la même liberté qu'elle a par rapport à ses autres biens.

Voici comme elle s'en explique en l'article 279. Après avoir, dans la première partie de cet article, rapporté la teneur du premier chef de l'édit, en ces termes : « Femme convolant » en secondes ou autres noces, ayant enfants, ne peut avan» tager son second ou autre subséquent mari, de ses propres » et acquêts, plus que l'un de ses enfants » ; elle ajoute : « Et » quant aux conquêts faits avec ses précédents maris, n'en » peut disposer aucunement au préjudice des portions dont » les enfants desdits premiers mariages pourroient amender » de leur mère : et néanmoins succèdent les enfants des sub» séquens mariages, auxdits conquêts, avec les enfants des » mariages précédents, etc. ».

629. La coutume, par cet article, n'établit pas une substitution légale de ces conquêts faits avec les précédents maris, au profit des enfants des précédents mariages, pendant lesquels ils ont été faits, telle que celle que le second chef de l'édit établit à l'égard des biens dont la femme qui se remarie a été avantagée par ses précédents maris : au contraire, elle appelle expressément les enfants de ses subséquents mariages, à succéder à ses conquêts avec ceux des mariages pendant lesquels ils ont été faits. En cela lesdits conquêts sont différents des biens dont la femme qui s'est remariée a été avantagée par ses précédents maris.

630. La coutume, dans cet article, se borne, par rapport auxdits conquêts, à restreindre la liberté de la femme qui

s'est remariée : elle peut moins disposer de ces conquêts que de ses autres biens.

1° Au lieu que la femme qui se remarie, peut, au préjudice des enfants de son premier mariage, disposer et donner de ses autres biens à son second mari, jusqu'à la concurrence d'une portion d'enfant : au contraire, aux termes de cet article, elle ne peut rien donner desdits conquêts à ses second et autres subséquents maris, au préjudice des enfants des précédents mariages, pendant lesquels ils ont été faits.

2° La femme qui est remariée, peut librement disposer de ses autres biens, sauf la légitime de ses enfants, envers d'autres personnes que son second mari, et celles qui paroîtroient par lui interposées : au contraire, elle ne peut disposer desdits conquêts, envers quelque personne que ce soit, au préjudice des enfants du mariage pendant lequel ils ont été faits.

Nous traiterons, dans un premier article, de la défense qui est faite par la coutume, à la femme qui se remarie, de disposer, au profit de son second ou autre subséquent mari, des conquêts de ses précédents mariages, au préjudice des enfants de ses précédents mariages. Nous traiterons, dans un second, de celle qui lui est faite d'en disposer envers d'autres. Nous examinerons, dans un troisième article, si l'extension faite par la coutume à l'édit, s'étend à l'homme qui s'est remarié, et si elle a lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

### ARTICLE PREMIER.

De la défense faite par la coutume, à la femme qui se remarie, de disposer, au profit de ses second ou autres subséquents maris, des conquêts de ses précédents mariages, au préjudice des enfants des mariages pendant lesquels ils ont été faits.

Nous verrons, dans un premier paragraphe, quels sont les biens compris dans cette défense : dans un second, l'effet de cette défense.

#### §. I. Quels sont les biens compris dans cette défense.

631. La première question qui se présente, est de savoir si cette défense comprend la part qu'a eue la femme dans tous les biens dont la communauté étoit composée, tant meubles qu'immeubles; ou si elle se borne aux conquêts immeubles.

La question a été décidée par un arrêt du 4 mars 1697, rendu sur les conclusions de M. d'Aguesseau, alors avocat-général, qui a jugé que la défense comprenoit la part de la femme, dans tous les biens de la communauté avec son défunt mari, soit meubles, soit immeubles. Nous avons le plaidoyer de ce grand magistrat dans cette cause, au 4e tome de ses œuvres; c'est le quarante-unième plaidoyer : la question y est discutée dans la perfection.

Pour borner la défense aux seuls immeubles, on alléguoit que le terme de *conquêts*, dont se sert la coutume de Paris dans cette disposition, est un terme qui se prend plutôt pour les immeubles que pour les meubles; que la disposition de la coutume de Paris sur ce point, est une loi pénale qu'on doit plutôt par conséquent restreindre qu'étendre; d'où on concluoit que le terme de *conquêts* doit, dans cette disposition de la coutume, se prendre dans sa signification la plus ordinaire, pour les seuls immeubles de la communauté, et qu'il ne doit pas être étendu aux meubles.

A cela M. l'avocat-général répond, que la disposition de la coutume de Paris sur ce point, n'est pas une loi pénale : « Le terme de *Loi pénale* est, dit-il, une de ces expressions » dont on abuse souvent. Il y a deux sortes de lois auxquelles » on l'appplique : aux unes proprement, et ce sont celles qui » contiennent de véritables punitions; aux autres improprement, et ce sont celles qui restreignent en quelque manière » la liberté naturelle à tous les hommes. Ces dernières sont » des lois *restrictives*, *prohibitives*, *lois de précaution*; mais elles » ne sont pas pour cela des lois *pénales*. Ainsi, par exemple, » dira-t-on que la loi qui défend à un mari de donner à sa » femme, soit une loi *pénale?* que les lois qui défendent de » priver les héritiers du sang, d'une portion des propres, soient » des lois pénales ? etc.

» Il en est de même des lois qui regardent les secondes noces. Que font ces lois ? Elles défendent les libéralités excessives; elles veulent que ce qui est acquis à l'occasion du premier mariage, ne puisse, au préjudice des enfants communs, » passer en des mains absolument étrangères. Elles n'ordonnent aux maris et aux femmes, que ce que la droite raison, » ce que la sagesse et la prudence, ce que l'amour des enfants » inspire naturellement et sans loi à un bon père de famille ; » et peut-on appeler du nom de *peine*, ce que la raison sug-

»gère, ce que la prudence dicte, ce que la tendresse ins-»pire?»

Bien loin que la disposition de la coutume de Paris sur ce point, soit une loi pénale, c'est au contraire une loi favorable. En effet, quel est le motif et le fondement de cette loi? Ce n'est pas tant la haine des seconds mariages, que la faveur des enfants, puisqu'aussitôt que cette raison de la faveur des enfants cesse par leur prédécès, tout l'effet de la loi cesse; et toutes les donations et toutes les aliénations faites par la femme, contre la disposition de la loi, deviennent valables. Cette loi, fondée uniquement sur la *faveur* des enfants, est donc une loi *favorable*. « Elle est, dit M. l'avocat-général, »favorable par son motif, qui ne tend qu'à la conservation du »patrimoine des enfants; favorable par sa disposition, puis-»qu'elle n'impose aux maris et aux femmes, que ce que la »droite raison exige d'eux, sans le secours de la loi. »

M. l'avocat-général, après avoir établi que la disposition de la coutume sur ce point, n'est pas une loi pénale qui doive être restreinte, mais une loi favorable, susceptible d'interprétation, vient ensuite à l'interprétation du terme *conquêts*, que la coutume a employé; et il prouve que ce terme doit s'entendre, tant des biens meubles que des immeubles, que la femme qui s'est remariée a eus de la communauté avec son premier mari. Il le prouve, en premier lieu, par le texte même de l'article 279, où se trouve cette disposition, en comparant la seconde partie à la première. Il est dit, dans la première, que la femme ne peut avantager son second mari, *de ses propres et* ACQUÊTS, *plus que l'un de ses enfants*. Il ne peut pas être douteux que la coutume ne borne pas ici aux seuls immeubles le terme d'*acquêts*, et qu'elle comprend sous ce terme, tant les biens meubles que les immeubles de la femme : car la coutume n'a pu, ni par conséquent voulu restreindre aux immeubles le premier chef de l'édit, qui a compris en termes formels les meubles aussi bien que les immeubles.

La coutume ayant compris, dans la première partie de l'article, sous le terme d'ACQUÊTS, tant les biens meubles que les immeubles, comme on ne peut pas en douter dans la seconde partie, où il est dit : *Et quant aux* CONQUÊTS *faits avec ses précédents maris, n'en peut disposer*, on doit pareillement entendre sous le terme de *conquêts*, tant les biens meubles que les immeubles de sa première communauté. Le terme de

*conquêts* n'a pas une signification plus bornée aux immeubles que le terme d'*acquêts*.

M. l'avocat-général prouve, en second lieu, la signification du terme *conquêts*, par les autres articles de la coutume. Les immeubles d'une communauté sont exprimés douze fois en différents articles de la coutume, par ces termes *conquêts immeubles*. Si, dans le langage de la coutume, le terme de *conquêts* ne signifioit que les immeubles, la coutume n'ajouteroit pas à ce terme l'épithète *d'immeubles*. Lorsque la coutume parle des propres de succession, elle ne dit jamais *propres immeubles*, parce que le terme de *propres* renferme celui *d'immeubles*, n'y ayant que les immeubles qui soient propres. En donnant, au contraire, aux *conquêts* l'épithète d'*immeubles*, elle déclare suffisamment que dans son langage, le terme *conquêts* n'a pas une signification bornée aux immeubles, et qu'il peut signifier les meubles aussi bien que les immeubles.

Il le prouve, en troisième lieu, par le rapport qu'a la disposition de l'article 279 avec les lois antérieures. Cette disposition a rapport à l'édit des secondes noces; elle en est une extension. De même donc que l'édit n'a fait dans le premier ni dans le second chef aucune distinction des meubles et des immeubles, et a également compris les uns et les autres dans ses dispositions, on doit croire que la coutume a pareillement compris, tant les meubles que les immeubles, dans sa disposition, qui n'est qu'une extension de l'édit.

Il le prouve, en quatrième lieu, par la raison et le motif de la loi, et par les inconvénients qui naîtroient de l'opinion contraire.

La raison et le motif de la loi ont été, qu'il a paru équitable qu'une femme qui se remarie, conserve d'un manière plus particulière, aux enfants de ses précédents mariages, des biens dont elle est redevable aux soins et à la collaboration de leur père, qui n'a collaboré avec elle pour les acquérir, que dans la vue de les transmettre aux enfants de leur mariage. Or, cette raison milite également, soit que le fruit de cette collaboration consiste en biens meubles ou en immeubles.

Les inconvénients de l'opinion contraire sont, que la loi seroit imparfaite, si elle ne comprenoit dans sa disposition que les immeubles; car elle ne comprendroit pas un cas très

commun et très-important, qui est celui auquel toute une communauté ne consiste qu'en effets mobiliers, telles que sont celles de plusieurs négociants et gens d'affaires.

La loi seroit aussi, sans cela, facile à éluder. Un homme voyant sa première femme infirme, pourroit, dans la vue d'en avantager une seconde, convertir en meubles les immeubles de sa communauté.

Au contraire, nul inconvénient à comprendre les meubles dans la disposition de la coutume. Dira-t-on qu'une femme qui n'auroit d'autres biens que ceux de la communauté de son premier mari, n'auroit rien à donner à un second mari, et trouveroit difficilement à se remarier? Bien loin que ce soit un inconvénient, *c'est*, dit M. d'Aguesseau, *un bien public.... c'est le but des législateurs.*

Tout ceci n'est qu'un extrait très-imparfait du plaidoyer de M. d'Aguesseau, sur cette question : il faut le voir au quatrième tome de ses œuvres. Les plaidoyers de ce grand magistrat, qu'on a donnés au public, sont les plus parfaits modèles qu'il y ait jamais eus en ce genre : les moyens de la cause y sont exposés avec une précision et une clarté admirables; rien n'y est omis, et il n'y a rien de superflu.

Sur le plaidoyer de M. d'Aguesseau, dont nous venons de rapporter l'extrait, est intervenu arrêt du 4 mars 1697, qui a jugé que les meubles de la première communauté étoient compris dans la disposition de l'article 279. Cet arrêt a fixé la jurisprudence. Tous ceux qui ont écrit depuis, tiennent pour maxime que l'article 270 de la coutume de Paris, comprend sous le mot de *conquêts*, les meubles aussi bien que les immeubles d'une communauté, et qu'il n'est pas plus permis d'avantager un second mari ou une seconde femme, des uns que des autres.

632. Dans l'espèce de cet arrêt, les biens meubles qui étoient réclamés par les enfants du premier mariage, comme biens de la première communauté de leur père, et que l'arrêt jugea ne devoir pas entrer dans la donation de part d'enfant, faite à la seconde femme, étoient des biens de cette communauté acquis durant cette communauté; c'étoient des créances que leur père avoit contre le Roi, pour des ouvrages faits durant sa première communauté, et qui étoient encore dus.

Le mobilier que la femme a apporté, en se mariant, à sa première communauté, est-il aussi compris sous les termes,

*conquêts faits avec ses précédents maris*, de l'article 279? On peut dire pour la négative, que la coutume n'a pas dit, *et quant aux conquêts de ses précédents mariages*, ce qui comprendroit tous les biens dont la communauté du premier mariage étoit composée, tant ceux qui ont été apportés par les conjoints pour la composer, que ceux qui ont été acquis pendant qu'elle a duré : mais cette expression, *conquêts* FAITS *avec ses précédents maris*, paroît ne comprendre que les choses acquises par le premier mari, pendant que la communauté a duré, et non celles que les conjoints ont, en se mariant, apportées en communauté.

La raison qui paroît servir de fondement à la disposition de l'article 279, qui concerne les conquêts, est que la femme qui se remarie, est obligée à conserver d'une manière plus particulière, aux enfants de son premier mariage, des biens dont elle est redevable aux soins et à la collaboration de leur père, qui les a acquis à la communauté qu'elle a eue avec lui. Or, cette raison ne s'applique qu'aux biens que le premier mari a acquis à la communauté, par les acquisitions qu'il a faites pendant qu'elle a duré, et non à ceux que la femme qui s'est remariée, avoit apportés à cette première communauté; ce qui confirme qu'il n'y a que les biens acquis pendant la communauté, et non ceux que les conjoints y ont apportés en se mariant, qui soient compris en la disposition de l'article 279.

Il paroît que la jurisprudence du Châtelet de Paris avoit donné cette interprétation à l'article 279; car, par un acte de notoriété de M. le Camus, du premier mars 1698, il est attesté que, pour régler la part d'enfant d'un second mari, l'usage est au Châtelet de faire, sur les biens que la femme a eus pour sa part de la première communauté, distraction de ce qu'elle y a apporté par son contrat de mariage en biens meubles et biens ameublis; dans lesquels biens par elle apportés en sa première communauté, on accorde part d'enfant au second mari, comme dans les biens propres de ladite femme, et on ne la lui dénie que dans ce qui restoit, à la femme, des biens de la première communauté, après la distraction faite.

Néanmoins, par l'arrêt de Garanger, rendu en la grande chambre en 1698, qui est rapporté par les annotateurs de Duplessis, au *Traité des Donations*, *chap.* 1, *vers la fin*, il a

été jugé que les deniers dotaux qu'une femme qui s'étoit remariée avoit apportés en communauté avec son premier mari, étoient compris en la disposition de l'article 279, et qu'elle n'en avoit pu rien donner à son second mari. Lacombe cite un arrêt de la quatrième des enquêtes, du premier septembre 1744, qu'il dit avoir jugé la même chose.

La réponse aux raisons alléguées pour l'opinion contraire, est que la raison tirée de la collaboration n'est pas la seule qui ait pu servir de motif à la disposition de l'article 279, qui concerne les conquêts : il y en a une autre, qui est que des personnes qui se marient, en composant une communauté de biens, de même qu'en travaillant par la suite à l'augmenter, ont en vue les enfants qui doivent naître de leur mariage, auxquels ils se proposent de transmettre un jour les biens de cette communauté. C'est en leur considération qu'ils la composent, et qu'ils travaillent à l'augmenter; c'est à eux qu'ils destinent les biens de cette communauté. C'est pour cette raison que, par l'ancien droit, il n'y avoit que les enfants nés de ce mariage qui fussent héritiers desdits biens : c'est pareillement pour cette raison qu'une femme est obligée de conserver, d'une manière particulière, lesdits biens auxdits enfants, et que la coutume ne lui permet pas, lorsqu'elle se remarie, d'en disposer à leur préjudice.

633. Quoique, par les arrêts que nous venons de citer, il ait été jugé que les biens apportés par une femme à la communauté de son premier mariage, étoient, de même que ceux acquis depuis, compris en la disposition de la coutume, et que la femme n'en pouvoit rien donner à un second mari; néanmoins, par un arrêt du 24 juillet 1741, rendu à l'audience de la grand'chambre, sur les conclusions de M. Joli de Fleuri, et rapporté par Denisart, il a été jugé qu'une femme avoit pu donner à son second mari part d'enfant, dans une portion de maison qu'elle avoit apportée et ameublie à la communauté de son premier mariage.

Pour concilier cet arrêt avec les précédents, on peut faire une distinction entre les effets mobiliers apportés à une communauté, et les immeubles qui y sont apportés et ameublis par une convention du contrat de mariage. Les effets mobiliers qu'ont les futurs conjoints, lorsqu'ils se marient, étant de nature à composer leur communauté conjugale, dans laquelle ils entrent, lorsque les parties ne s'en sont pas

expliquées, ces effets mobiliers que des conjoints ont apportés pour composer leur communauté conjugale, sont, dans tous les cas, regardés comme véritables et naturels conquêts de cette communauté, et par conséquent ils sont regardés comme tels dans le cas de la disposition de l'article 279, qui concerne les conquêts, et sont compris dans sa disposition. Au contraire, les immeubles qu'ont les futurs conjoints, lorsqu'ils contractent mariage, n'étant pas de nature à composer leur communauté conjugale, et ne pouvant y entrer que par une clause spéciale du contrat de mariage, et par la fiction de l'ameublissement, ces immeubles apportés en communauté, et qu'on appelle *propres ameublis*, ne doivent être regardés comme *conquêts* de cette communauté, que dans le cas de la fiction de l'ameublissement, c'est-à-dire, pour le cas de la communauté, à l'effet que les conjoints aient le même droit à l'égard desdits héritages ameublis, qu'à l'égard des véritables conquêts; que le mari puisse disposer des héritages ameublis par sa femme, de même que des véritables conquêts; et que les héritages ameublis, tant de part que d'autre, soient, après la dissolution de la communauté, compris dans la masse qui est à partager des biens de la communauté : mais, hors le cas de la fiction de l'ameublissement, ces héritages ameublis ne doivent plus être regardés comme *conquêts* de la communauté en laquelle ils avoient été apportés. C'est pourquoi les héritages qu'une femme qui s'est remariée, avoit apportés et ameublis à la communauté de son premier mariage, ne doivent plus être regardés comme *conquêts*, ni être compris sous ce terme dans le cas de la disposition de l'article 279, ce cas n'étant pas le cas de la fiction, n'étant point un cas pour lequel ait été faite la clause d'ameublissement.

634. Lorsqu'après la mort du premier mari, la communauté a continué avec les enfants mineurs du premier mariage, faute d'inventaire, ces enfants sont-ils fondés à prétendre, lorsque leur mère est remariée, que les biens meubles et immeubles acquis par leur mère, durant la continuation de communauté, sont compris en la disposition de l'article 279, et qu'elle n'en a pu rien donner à son second mari? Les termes de l'article 279, *et quant aux conquêts faits avec leurs précédents maris*, résistent à cette prétention : on ne peut pas dire que des biens qu'une femme n'a acquis que depuis la mort de ses précédents maris, soient des *conquêts faits avec*

*ses précédents maris.* Si la coutume fait continuer la communauté depuis la mort du prédécédé jusqu'à l'inventaire, c'est une peine qu'elle établit en faveur des enfants contre le survivant qui, par sa faute, en ne faisant point d'inventaire, a mis ces enfants hors d'état de pouvoir constater la part qui leur appartient dans les biens dont la communauté étoit composée, lors de la mort du prédécédé, et dont le survivant leur doit compte. Cette peine ne doit avoir d'autre effet que celui pour lequel elle a été établie; savoir, celui de donner aux enfants le droit de prendre part, si bon leur semble, dans les biens acquis par le survivant depuis la mort du prédécédé jusqu'à l'inventaire, comme si la communauté avoit toujours continué à la place du compte qui leur est dû par le survivant. Elle ne doit donc pas avoir l'effet de faire regarder les biens que la femme qui s'est remariée, a acquis depuis la mort de ses précédents maris, comme *conquêts faits avec ses précédents maris*, et dont l'article 279 doive l'empêcher de disposer : ce n'est point pour ce cas que la continuation de communauté a été établie.

Néanmoins Lacombe cite un arrêt du 28 août 1722, rendu en la quatrième des enquêtes, par lequel il prétend avoir été jugé que les meubles et conquêts acquis durant la continuation de communauté, étoient sujets à la disposition de l'article 279, comme les conquêts de la communauté. Je pense que l'arrêt a jugé eu égard aux circonstances particulières de l'espèce dans laquelle il a été rendu, et que nous ignorons. Le motif de cette arrêt a pu être d'éviter, dans l'espèce particulière, une discussion difficile et dispendieuse, dans laquelle on eût jeté les parties, s'il eût fallu faire la distinction des biens dont étoit composée la communauté, au temps de la mort du premier mari, dans lesquels la coutume ne permet pas à la femme de rien donner à son second mari, et de ceux acquis depuis la mort du premier mari, qui ne sont pas sujets à cette défense. Pour éviter cette discussion, la cour, par cet arrêt, eu égard aux circonstances particulières de l'affaire, a jugé à propos de réputer les biens acquis par la femme, depuis la mort de son premier mari, durant la continuation de communauté, comme n'étant que le remploi de ceux qui composoient la communauté, au temps de la mort du premier mari; et elle a cru ne devoir pas écouter la femme à dire qu'elle a acquis quelque chose de plus, depuis

la mort de son premier mari, dont elle doit avoir le droit de disposer; cette femme s'étant, par sa faute, en ne faisant pas d'inventaire après la mort de son premier mari, mise hors d'état de le justifier. On peut, selon les circonstances, suivre l'exemple de sagesse que nous a donné cet arrêt; mais on ne peut pas en faire une règle générale.

635. Lorsque, par le contrat du premier mariage, le droit de la femme a été fixé à une certaine somme; si cette femme, après la mort de son premier mari, convole à un autre mariage, cette somme qu'elle a reçue lui tenant lieu de sa part dans les conquêts faits avec son premier mari, doit être censée comprise dans la disposition de l'article 279, concernant les *conquêts*.

§. II. De l'effet qu'a, par rapport au second mari, la défense faite à la femme qui se remarie, de disposer des conquêts de son premier mariage.

636. La première question qui se présente à cet égard, est de savoir si, lorsqu'une femme qui s'est remariée, a des enfants, tant de son premier que de son second mariage, la donation qu'elle a faite à son second mari de quelques *effets conquêts* de la première communauté, est entièrement nulle au profit des enfants, tant du second que du premier mariage; ou si elle n'est nulle que pour les portions qu'auroient eues les enfants du premier mariage dans lesdits effets. Par exemple, s'il y avoit deux enfants du premier mariage, et trois du second, la donation ne seroit-elle nulle que pour les deux cinquièmes?

Il sembleroit, à s'en tenir aux termes de la seconde partie de l'article 279, sans la rapprocher de la première, que la donation ne devroit être nulle que pour les portions afférentes aux enfants du premier mariage; car voici comme la coutume s'explique dans la seconde partie de l'article 279: « Et quant aux *conquêts faits* avec ses précédents maris, n'en » peut disposer aucunement au préjudice des portions dont » les enfants desdits premiers mariages pourroient amender. » La coutume, en disant que la femme n'en peut disposer *au préjudice des portions des enfants des premiers mariages*, donne assez à entendre que la disposition que la femme a faite des conquêts, n'est nulle que pour les portions que les enfants y auroient eues, si elle n'eût pas fait la disposition, et qu'elle est valable pour le surplus. La coutume ne distingue pas si

la disposition est faite à titre de donation, ou à autre titre : elle ne distingue pas si elle est faite au second mari, ou à d'autres personnes. Or, tous conviennent que lorsque la femme a disposé desdits conquêts envers d'autres personnes qu'envers son mari, la disposition ne peut être annullée que pour les portions qu'auroient eues les enfants du premier mariage, si elle n'en eût pas disposé, et qu'elle est valable pour le surplus. Donc pareillement la donation que la femme a faite desdits conquêts à son second mari, n'est nulle que pour les portions qu'y auroient eues les enfants du premier mariage, et elle est valable pour le surplus.

Néanmoins Borjon nous atteste que c'est un usage ancien et constant au Châtelet de Paris, de regarder comme entièrement nulle la donation qu'une femme a faite des conquêts meubles ou immeubles de son premier mariage, à son second mari, et d'admettre tous les enfants, tant du second que du premier mariage, après la mort de leur mère, à faire prononcer la nullité de la donation, et à se faire rendre lesdits effets.

Pour faire voir que cette jurisprudence est conforme à l'esprit de l'article 279 de la coutume, il faut rapprocher la seconde partie de cet article de la première partie. Il est dit en la première partie, que la femme ayant enfants, et convolant en secondes noces, ne peut avantager son second mari *de ses propres et acquêts plus que l'un de ses enfants.* Ensuite il est dit dans la seconde partie : *Et quant aux conquêts faits avec ses précédents maris, n'en peut aucunement disposer, etc.* La différence que la coutume établit entre la donation faite au second mari, *des propres et acquêts*, et celle qui lui est faite des conquêts, consiste en ce que la donation *des propres et acquêts* n'est nulle que pour ce qu'elle excède la quantité d'une part d'enfant; au lieu que celle qui lui est faite des conquêts du premier mariage, est nulle pour le tout, la femme n'en pouvant aucunement disposer. Mais de même que la donation des propres et acquêts, qui est nulle pour ce qu'elle excède la quantité de part d'enfant, est nulle au profit des enfants de tous les mariages, et non pas vis-à-vis de ceux du premier mariage, et seulement pour leurs portions; pareillement, la donation des conquêts, qui est nulle pour le tout, ne doit pas l'être seulement pour les portions des enfants du premier mariage, mais elle doit l'être au profit des enfants de tous les mariages.

La coutume, en cet article, établit une autre différence entre les conquêts du premier mariage et les autres biens de la femme qui convole en secondes noces. Elle ne lui défend, à l'égard de ceux-ci, de les donner qu'à ses second et subséquents maris; elle ne lui défend pas d'en disposer comme bon lui semblera, envers d'autres personnes : mais, à l'égard des conquêts, elle lui défend d'en disposer indistinctement, et envers quelques personnes que ce soit : *Et quant aux conquêts.... n'en peut aucunement disposer.* La coutume ajoute ensuite une limitation à la défense qu'elle fait à la femme qui convole, de disposer des conquêts, même envers d'autres personnes que le second mari : elle ne déclare nulles les dispositions qu'elle en auroit faites, que pour les portions des enfants des premiers mariages. C'est de ces dispositions faites à des tiers, qu'on doit entendre ces termes qui suivent, *au préjudice des portions dont les enfants desdits premiers mariages pourroient amender.* Il est vrai que les rédacteurs ont omis d'exprimer, dans la seconde partie de l'article, la distinction qui est à faire à cet égard entre le second mari et les autres personnes, qu'ils ont cru se suppléer par la relation de cette seconde partie avec la première, et que l'omission de cette distinction cause une obscurité dans cette seconde partie de l'article.

Ces rédacteurs s'en étant depuis aperçus, et ayant été nommés par le roi, trois ans après, pour rédiger la coutume d'Orléans, en rédigeant l'article 203 de cette coutume, qui contient les mêmes dispositions que l'article 279, et presque dans les mêmes termes, ils n'ont pas manqué d'exprimer la distinction entre le second mari et les autres personnes qu'ils avoient omis d'exprimer dans l'article 279 de Paris. Voici comme ils s'expriment dans cet article 203 de la coutume d'Orléans : « Et quant aux conquêts faits avec ses précédents » maris, elle n'en peut aucunement avantager son second, » ou autres maris : toutefois peut disposer d'iceux à autres » personnes, sans que telle disposition puisse préjudicier » aux portions dont les enfants desdits premiers mariages » pourroient amender de leur mère. »

Cette distinction, qui est faite dans l'article de la coutume d'Orléans, entre le second mari, à qui la femme ne peut rien donner des conquêts, et les autres personnes à qui il ne lui est défendu d'en disposer que pour les portions qu'y auroient

les enfants du premier mariage, doit être suppléée dans l'article 279 de Paris, et cet article 203 d'Orléans doit lui servir d'explication et d'interprétation ; c'est celle qui a été constamment suivie au Châtelet de Paris, comme nous l'atteste Borjon.

637. Lorsqu'une femme, contre la défense de la coutume, a donné des conquêts de son premier mariage à son second mari ; s'il ne se trouve, lors de sa mort, aucuns enfants de son premier mariage, il est évident que la donation doit subsister, la défense n'ayant été faite qu'en leur faveur. Si elle en a laissé quelques-uns, les enfants, tant du premier que du second mariage, peuvent attaquer le second mari pour faire déclarer nulle la donation, et se faire rendre lesdits conquêts, qui lui ont été nullement et induement donnés.

Ils ont, pour se faire délaisser ces conquêts, les mêmes actions qu'ils ont pour se faire délaisser l'excédant de ce que leur mère a donné à son second mari, dans les autres biens, de plus qu'une portion d'enfant, n'y ayant d'autre différence entre la donation qu'une femme a faite de ses autres biens à son second mari, et celle qu'elle lui a faite des conquêts de son premier mariage, sinon que celle-ci est nulle pour tout ce qu'elle contient, et que l'autre n'est nulle que pour ce qu'elle contient de plus que la valeur d'une portion d'enfant.

C'est pourquoi ce que nous avons dit en la section première, *art.* 5, des actions révocatoires qu'ont les enfants pour se faire délaisser ce que leur mère a donné à son second mari dans ses autres biens, de plus qu'une portion d'enfant, s'applique à celles qu'ils ont pour se faire délaisser les conquêts du premier mariage, que leur mère a donnés à son second mari. Ces actions sont entièrement de même nature : elles peuvent s'intenter contre les tiers détenteurs, lorsque les conquêts donnés sont des immeubles que le second mari donataire a aliénés.

Lorsque les conquêts donnés sont des meubles, les enfants n'ont, en faisant infirmer la donation, d'action que contre le second mari, pour la restitution de la valeur de ces choses, pour laquelle restitution ils ont hypothèque sur les biens du second mari, du jour de l'acte qui contient la donation

638. Les enfants qui avoient droit de venir à la succession de leur mère, quoiqu'ils y aient renoncé, ayant droit, nonobstant cette renonciation, de partager les biens qui ont été

retranchés de la donation excessive que leur mère a faite à son second mari, de ses biens ordinaires, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 568, ils doivent avoir pareillement droit de partager les conquêts du premier mariage, donnés par leur mère au second mari, dont ils ont fait infirmer la donation. Il y a entière parité de raison.

Pareillement, de même que l'aîné, héritier de sa mère, prend son droit d'aînesse dans les biens retranchés, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 593, il doit de même le prendre dans les conquêts donnés au second mari, dont la donation a été infirmée.

## ARTICLE II.

De la défense que fait la coutume à la femme qui a convolé en secondes ou autres noces, de disposer des conquêts de ses précédents mariages, envers quelque personne que ce soit.

639. Cette défense est contenue dans ces termes de l'article 279 : *Et quant aux conquêts, n'en peut aucunement disposer, etc.*

Ces termes sont indéfinis; ils comprennent quelque personne que ce soit : ils ne laissent à la femme qui a convolé, la liberté de disposer envers personne, des conquêts de ses précédents mariages, au préjudice des portions qu'y doivent avoir les enfants desdits mariages.

C'est la seconde différence que la coutume met entre les conquêts des précédents mariages et les autres biens de la femme qui a convolé. A l'égard de ceux-ci, elle lui défend seulement d'en donner à son second mari, plus qu'une part d'enfant : elle lui laisse, à l'égard des autres personnes, la liberté qu'a chaque propriétaire, de disposer de ses biens comme bon lui semble, soit à titre de donation, soit à titre de commerce : mais, à l'égard des *conquêts*, elle la prive de la faculté d'en disposer envers quelque personne que ce soit.

Nous verrons, dans un premier paragraphe, quelle est la nature de cette défense de disposer des conquêts, établie par l'article 279, et en quoi elle diffère du second chef de l'édit. Nous traiterons, dans un second, de la limitation de cette défense aux portions des enfants du premier mariage. Nous verrons, dans un troisième, quelles sont les espèces d'aliénations comprises dans cette défense. Dans un quatrième, quand est ouvert le droit qu'ont les enfants du premier ma-

riage, de faire infirmer les dispositions que leur mère a faites des conquêts au préjudice de leurs portions. Dans un cinquième, nous examinerons en quelle qualité ils ont ce droit, et de qui ils sont censés tenir les portions pour lesquelles ils ont fait infirmer la disposition. Dans le sixième, quand cesse cette interdiction.

§. I. Quelle est la nature de la défense de disposer des conquêts, établie par l'article 279, et en quoi elle diffère du second chef de l'édit.

640. Cette défense d'aliéner les conquêts des précédents mariages, qui est faite par l'article 279 de la coutume de Paris, est très-différente de la substitution légale faite par le second chef de l'édit, des biens que la femme qui a convolé, a eus de la libéralité de ses précédents maris.

A l'égard de ceux-ci, l'édit établit une substitution légale, dont il suppose que la femme qui a convolé, a été tacitement grevée par la donation qui lui en a été faite par son mari, au profit de leurs enfants communs, auxquels le donateur est censé l'avoir chargée de les rendre après sa mort, dans le cas où elle se remarieroit.

En conséquence de cette substitution, lorsque par l'existence des deux conditions sous lesquelles elle est faite, c'est-à-dire, par son convol à un autre mariage, et par sa mort avant les enfants qui y sont appelés, cette substitution vient à être ouverte, toutes les dispositions que la femme a faites des biens qui y sont compris, soit avant son convol, soit depuis, sont résolues, comme nous l'avons vu *suprà*.

Pareillement, en conséquence de cette substitution, soit que la femme ait disposé des biens qui y sont compris, soit qu'elle n'en ait pas disposé, ces biens doivent appartenir aux seuls enfants de son mariage avec le mari qui les lui a donnés, sans que les enfants des autres mariages puissent y avoir aucune part.

Et pareillement, soit qu'elle ait disposé desdits biens, soit qu'elle n'en ait pas disposé, il n'est pas nécessaire que lesdits enfants soient héritiers de leur mère, pour les recueillir. Ces biens, au moyen de l'ouverture de la substitution, ne sont plus dans la succession de leur mère; ils leur appartiennent en vertu de la substitution que leur père est censé en avoir faite à leur profit.

L'article 279 n'établit rien de pareil à l'égard *des conquêts*. Les conquêts qu'une femme a faits avec son premier mari, étant, pour la part qui lui en appartient, des biens qui lui appartiennent de son chef, on ne peut pas supposer une substitution dont son premier mari l'ait grevée au profit de leurs enfants communs, par rapport auxdits biens, puisqu'elle ne les tient pas de lui.

L'article 279 n'établit donc pas, par rapport aux conquêts, une substitution telle que celle qu'établit le second chef de l'édit, par rapport aux biens dont la femme qui a convolé a été avantagée : elle n'établit, par rapport aux *conquêts*, qu'une simple *interdiction d'aliéner*. C'est la première différence entre l'art. 279 et le second chef de l'édit.

Cette interdiction d'aliéner que l'article 279 établit par rapport aux conquêts, n'étant contractée par la femme que lors de son convol à un autre mariage, les dispositions desdits conquêts qu'elle a faites auparavant, subsistent. C'est une seconde différence entre l'article 279 et le second chef de l'édit.

Étant de la nature des interdictions d'aliéner, qu'elles n'aient aucun effet, lorsque la personne interdite d'aliéner certains biens, est morte sans les avoir aliénés, il s'ensuit que lorsque la femme qui a convolé meurt sans avoir aliéné les conquêts de ses précédents mariages, l'article 279 n'a aucun effet par rapport auxdits conquêts, lesquels passent dans sa succession, de même que tous ses autres biens. C'est une troisième différence entre l'article 279 et le second chef de l'édit.

Il suit aussi de là, que lorsque la femme qui a convolé est morte sans avoir disposé desdits conquêts, lesdits conquêts se trouvant, en ce cas, dans sa succession, comme ses autres biens, ses enfants, même ceux du mariage pendant lequel ils ont été faits, ne peuvent, en ce cas, les recueillir qu'en acceptant sa succession, dans laquelle ils se trouvent. C'est une quatrième différence entre l'article 279 et le second chef de l'édit.

§. II. Limitation de la défense de disposer des conquêts, aux portions des enfants du premier mariage.

641. L'interdiction de disposer des conquêts envers quelque personne que ce soit, qui est faite par l'article 279, à

la femme qui convole, est différente de la défense qui lui est faite de les donner à son second mari; celle-ci est illimitée. La donation qu'une femme a faite de quelqu'un de ses conquêts à son second mari, lorsqu'elle laisse en mourant quelque enfant de son premier mariage, est nulle, non-seulement pour la portion que l'enfant du premier mariage auroit eue dans ce conquêt, mais elle est nulle pour le tout; et les enfants, tant du premier que du second mariage, sont reçus à la faire infirmer. Au contraire, l'interdiction de disposer des conquêts envers quelque personne que ce soit, est bornée aux portions qu'y auroient dû avoir les enfants du premier mariage. Cette différence est clairement expliquée dans l'article 203 de la coutume d'Orléans, et elle doit se suppléer dans l'article 279 de celle de Paris, auquel l'article 203 d'Orléans doit servir d'explication, comme il a déjà été observé *suprà, n.* 636.

Suivant ces principes, lorsque la femme qui, pendant son second mariage, a aliéné quelque conquêt de son premier mariage, laisse en mourant deux enfants de son premier mariage, et trois du second, la disposition ne sera infirmée que pour les deux cinquièmes portions dont cette femme n'a pu priver les enfants du premier mariage; elle subsistera pour les trois autres cinquièmes.

### §. III. Quelles espèces d'aliénations sont comprises sous la défense de disposer des conquêts, établie par l'article 279.

642. On pensoit autrefois que la défense que fait à la femme qui se remarie, l'article 279, de disposer des conquêts de la première communauté, ne comprenoit pas seulement les donations, mais généralement toutes les aliénations; de manière que la femme ne pouvoit ni les vendre, ni les aliéner, à quelque titre que ce fût, ni les hypothéquer à ses créanciers, au préjudice des portions des enfants du premier mariage, lesquels pouvoient les faire délaisser aux tiers acquéreurs pour les portions à eux afférentes, pourvu qu'ils ne fussent pas héritiers de leur mère, et, en cette qualité, tenus de la garantie envers l'acquéreur; ce qui les auroit rendus non-recevables dans leur demande contre lui. C'est ce qu'enseigne Bacquet, en son *Traité des droits de justice, chap.* 21, où il donne l'interprétation de l'article 279.

C'est aussi ce qu'après lui enseigne Lalande, sur l'*art.* 203 de la coutume d'Orléans, qui a la même disposition.

Il paroît qu'on a depuis changé de principe, et que la défense faite par l'article 279, à la femme qui se remarie, de disposer des conquêts de sa première communauté, ne doit s'entendre communément que des dispositions à titre lucratif, et qu'il ne lui est point défendu de les vendre et de les hypothéquer pour ses affaires. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du 20 juillet 1741, rapporté par Denisart, sur le mot *conquêt*, dans l'espèce duquel les créanciers d'une femme, ayant, pour des dettes par elle contractées pendant son second mariage, saisi réellement un héritage qui étoit un conquêt de son premier mariage, et les enfants de son premier mariage y ayant formé opposition, qu'ils fondoient sur l'article 279, lesdits enfans furent déboutés de leur opposition.

La même chose avoit été jugée peu de jours auparavant, par un autre arrêt rendu en l'audience de la grand'chambre, dans l'espèce d'un homme qui avoit convolé en secondes noces; il est aussi rapporté par Denisart, *ibidem.*

643. La jurisprudence n'a pas néanmoins borné absolument aux titres lucratifs la défense de disposer des conquêts; car, quoique la communauté ne soit pas un titre lucratif, lorsque l'une des parties n'y apporte pas plus que l'autre, néanmoins on a jugé qu'une veuve qui n'avoit point d'autres biens que ceux de sa première communauté, ne pouvoit en prendre la moindre partie, pour former de sa part une communauté avec son second mari. C'est ce qui a été jugée contre la succession de la dame Learles, auparavant veuve Castel, par un arrêt du 4 août 1733, cité par Denisart, sur le mot *conquêt.*

### §. IV. Quand ce droit qu'ont les enfants de faire infirmer les dispositions que leur mère a faites des conquêts, est-il ouvert.

644. Il est de la nature de l'interdiction d'aliéner, faite en faveur de certaines personnes, que celui qui est interdit d'aliéner, est censé grevé envers ceux en faveur de qui l'interdiction est faite, d'une espèce de substitution des choses qu'il est interdit d'aliéner: dans le cas auquel il les aliéneroit contre la défense qui lui en est faite, l'aliénation qu'il

en fait, est la condition qui donne ouverture à cette espèce de substitution, et qui, en conséquence, donne à ceux en faveur de qui l'interdiction est faite, le droit de se pourvoir incontinent contre l'acquéreur, pour lui faire délaisser les choses qui lui ont été aliénées au préjudice de la défense d'aliéner.

Néanmoins, à l'égard de l'interdiction d'aliéner, qui est établie par l'article 279, le droit des enfants du premier mariage, en faveur de qui elle est faite, n'est pas ouvert aussitôt que leur mère a aliéné quelque conquêt de son premier mariage; il faut encore, pour qu'il soit ouvert, attendre la mort de leur mère. La raison est, que cette interdiction est limitée aux portions que lesdits enfants du premier mariage auroient pu amender de leur mère : or, ce n'est que par la mort de leur mère qu'il peut devenir certain qu'ils en amenderont une portion, et quelles seront les portions qu'ils en amenderont. Ce ne peut donc être qu'à la mort de leur mère que peut être ouvert le droit de se faire délaisser pour lesdites portions, par les acquéreurs et les tiers détenteurs, les conquêts que leur mère a aliénés contre l'article 279.

§. V. En quelle qualité les enfants des précédents mariages ont-ils ce droit de se faire délaisser, pour les portions qu'ils auroient amendées de leur mère, les conquêts qu'elle a aliénés contre la défense de l'article 279.

645. La défense que fait l'article 279, à la femme qui a convolé en secondes ou autres noces, de disposer des conquêts de ses précédents mariages, est faite en faveur des enfants desdits précédents mariages, en leur qualité d'enfants. C'est pourquoi je pense que lorsque la femme qui a convolé en secondes noces, a aliéné quelqu'un des conquêts de son premier mariage, il n'est pas nécessaire que les enfants dudit premier mariage soient héritiers de leur mère, pour revendiquer contre l'acquéreur les portions qu'ils auroient amendées de leur mère, dans ledit conquêt, si leur mère ne l'eût pas aliéné.

Borjon décide, au contraire, que les enfants du premier mariage ne peuvent demander leurs portions dans lesdits conquêts, même contre les tiers auxquels leur mère les a aliénés, s'ils ne sont héritiers de leur mère. Sa raison est que la disposition de l'article 279, par rapport aux conquêts,

ne contient point une substitution telle que celle que contient le second chef de l'édit; que cet article ne contient, par rapport aux conquêts, qu'une simple réserve coutumière, semblable à celle que font plusieurs coutumes, d'une certaine portion des propres, au profit des héritiers de la ligne d'où ils procèdent. C'est pourquoi, dit cet auteur, de même que lorsqu'une personne a donné entre vifs de ses propres, plus qu'il ne lui est permis par les coutumes, il faut être héritier de cette personne, pour être reçu à faire réduire la donation. Pareillement, lorsqu'une femme qui s'est remariée, a, depuis son convol, disposé, par des donations faites à des tiers, des conquêts de son premier mariage, il faut, pour que les enfants de ce mariage soient reçus à faire infirmer la donation, qu'ils soient héritiers de leur mère.

La réponse est facile. De ce que la réserve d'une portion des propres, qui résulte de la défense que font certaines coutumes, de donner au delà d'une portion des propres, est introduite en faveur des héritiers de la personne à qui la défense est faite, il ne s'ensuit nullement que toutes les autres réserves coutumières et légales, qui résultent d'une défense de disposer que la loi fait, doivent nécessairement être faites en faveur des héritiers de la personne à qui la loi défend de disposer: et, par conséquent, il ne s'ensuit nullement que la réserve qui résulte de la défense qui est faite par l'article 279, à la femme qui s'est remariée, de disposer de ses conquêts, soit faite en faveur des enfants de son premier mariage, en leur qualité de ses héritiers.

Les lois qui défendent de disposer de certaines choses, renferment une réserve de ces choses au profit de ceux en faveur de qui la défense est faite. Cette réserve est une espèce de substitution, dont la personne, à qui la défense est faite, est grevée par la loi, envers les premiers, dans le cas où elle disposeroit contre la défense de la loi. Cette substitution leur donne le droit de revendiquer les choses, lorsqu'elles ont été aliénées contre la défense; et elle s'éteint lorsque la personne, à qui elle est faite, est morte sans avoir contrevenu à la loi.

Quelquefois la défense de disposer, et la réserve qu'elle contient, sont faites en faveur des héritiers de la personne à qui la défense est faite, en leur qualité d'héritiers.

Telle est, dans certaines coutumes, la défense de donner, même entre vifs, au delà d'une certaine portion de ses propres.

Quelquefois aussi la défense de disposer, et la réserve qu'elle renferme, sont faites en faveur de certaines personnes, en une autre qualité que celle d'héritiers de celle à qui la défense est faite; et, en ce cas, il n'est pas nécessaire, pour jouir de cette réserve, qu'ils soient héritiers de la personne à qui la défense est faite.

Par exemple, le premier chef de l'édit défend à la femme de donner au second mari plus d'une portion d'enfant : cette défense contient une réserve légale au profit de ses enfants, de ce qu'elle auroit donné à son second mari de plus qu'une portion d'enfant.

Tous conviennent que cette réserve est faite aux enfants de cette femme, en leur seule qualité d'enfants, et non en qualité d'héritiers; et qu'il n'est pas nécessaire qu'ils soient héritiers de leur mère, pour jouir de cette réserve. Il en doit être de même de la défense de disposer des conquêts, faite par l'article 279 de la coutume de Paris, et de la réserve qu'elle renferme. Cette réserve doit pareillement être censée faite aux enfants, en leur seule qualité d'enfants; et ils doivent pareillement jouir de cette réserve, quand même ils ne seroient pas héritiers de leur mère. En effet, l'art. 279 de Paris, n'est qu'une extension de l'édit; la coutume est censée, dans cet article, avoir eu les mêmes vues que l'édit, et avoir par conséquent, de même que l'édit, considéré les enfants en faveur de qui la défense de disposer est faite, en leur seule qualité d'*enfants*.

Dira-t-on que l'article 279, par ces termes, *et quant aux conquêts.... n'en peut disposer aucunement au préjudice des portions dont les enfants desdits mariages pourroient amender de leur mère,* suppose que pour jouir de cette réserve, il faut que lesdits enfants soient héritiers de leur mère?

Je réponds que ces termes ne supposent point cela. Ces termes, *des portions.... dont ils pourroient amender de leur mère*, signifient des portions auxquelles ils auroient droit de succéder à leur mère, dans lesdits conquêts. Il n'en résulte autre chose, sinon que pour que les enfants puissent jouir de cette réserve, il faut qu'ils aient le droit de succéder à leur mère : il faut qu'ils soient habiles à venir à sa succession; mais il

n'est pas nécessaire qu'ils acceptent sa succession; de même que pour jouir de celle du premier chef de l'édit, et pour être reçus à faire réduire la donation excessive faite au second mari, il est nécessaire qu'ils soient habiles à succéder à leur mère, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 570, mais il n'est pas nécessaire qu'ils acceptent sa succession.

646. Quoique, si la femme qui s'est remariée n'eût pas disposé des conquêts de son premier mariage, les enfants de son second mariage eussent succédé auxdits conquêts avec ceux du premier; néanmoins, lorsque cette femme a disposé de quelqu'un desdits conquêts, par donation faite à un étranger, la donation n'étant infirmée, par l'article 279, que pour les portions afférentes aux enfants du premier mariage, dans ledit conquêt, et étant valable pour le surplus, les enfants du second mariage n'y ont, en ce cas, aucune part; les enfants du premier mariage ont seuls les portions qui leur reviennent dans ledit conquêt, sans qu'ils soient tenus d'en faire aucune part à ceux du second, quand même ils viendroient avec eux à la succession de leur mère.

Cela n'est point contraire au principe, que des enfants venant à la succession de leur père ou mère, ne peuvent être avantagés les uns plus que les autres. Il est vrai que nous ne pouvons avantager de nos biens l'un de nos enfants, plus que les autres venant à notre succession : mais quoique, dans cette espèce, les enfants du premier mariage aient seuls les portions à eux afférentes dans ce conquêt, où ceux du second n'ont rien, ils ne sont pas pour cela avantagés par leur mère, ni dans la succession de leur mère, plus que ceux du second mariage; car les portions qu'ils ont dans le conquêt, pour lesquelles ils ont fait infirmer la donation que leur mère en avoit faite, sont un bien qu'ils ne tiennent pas de la succession de leur mère, qui l'avoit aliéné.

Cela sert encore à confirmer notre sentiment, qu'il n'est pas nécessaire que les enfants du premier mariage soient héritiers de leur mère, pour être reçus à se pourvoir contre ceux envers qui leur mère a disposé des conquêts du premier mariage; car leurs portions dans ces conquêts, pour lesquelles ils font infirmer la donation, n'étant point censées dépendre de la succession de leur mère, il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire qu'ils soient héritiers de leur mère pour les recueillir.

§. VI. Quand cesse l'interdiction.

647. L'interdiction que l'article 279 prononce contre la femme qui s'est remariée, de disposer des conquêts faits avec ses précédents maris, cesse en deux cas exprimés par les termes dudit article : « Toutefois, est-il dit, si ledit mariage » est dissous, ou que les enfants du précédent mariage dé» cèdent, elle en peut disposer comme de sa chose. »

Le premier cas est donc lorsque le second mariage est dissous. L'interdiction dans laquelle ce second mariage avoit mis la femme, cesse pour l'avenir; elle peut dorénavant disposer librement. La raison est que cette interdiction avoit pour fondement la crainte que le second mari ne portât cette femme à disposer au préjudice des enfants du premier mariage : cette raison venant à cesser par la mort du second mari, l'interdiction doit cesser.

Le second cas est lorsque tous les enfants du premier mariage sont prédécédés, sans laisser aucune postérité. La raison est que ce n'étoit qu'en leur faveur que l'interdiction étoit établie. C'est pourquoi, non-seulement, en ce cas, l'interdiction cesse pour l'avenir; mais les aliénations que la femme avoit faites auparavant, sont confirmées, ne restant personne qui soit recevable à les attaquer.

ARTICLE III.

Si la disposition de l'article 279 de Paris, sur les conquêts du précédent mariage, doit être étendue à l'homme qui s'est remarié; et si elle a lieu dans les autres coutumes.

§. I. Si l'article doit être étendu à l'homme qui s'est remarié.

648. On a beaucoup agité la question, si la disposition de l'article 279 de la coutume de Paris, sur les conquêts que la femme qui s'est remariée, a faits avec ses précédents maris, devoit être étendue à l'homme qui se remarie.

Pour la négative, on dit que cette disposition étant exorbitante du droit commun, n'est pas susceptible d'extension. D'ailleurs, les raisons sur lesquelles paroît être fondée la loi, pour défendre à la femme qui s'est remariée, de disposer des conquêts de ses précédents mariages, ne militent pas de même à l'égard de l'homme qui s'est remarié. Ces raisons sont,

que si la femme ne tient pas proprement de son défunt mari les biens qu'elle a pour sa part de sa première communauté, au moins elle est redevable de ces biens, à la grâce que ce mari lui a faite de lui accorder communauté de biens, et au travail et à l'industrie de son mari, qui a acquis ces biens à la communauté; or ces raisons sont particulières à la femme, et ne militent point pareillement à l'égard du mari; on ne peut pas dire de même que le mari est redevable à sa femme de sa part en la communauté. Le droit de communauté est une espèce de bénéfice que la femme reçoit du mari, et non le mari de la femme; et c'est pareillement par le travail et l'industrie du mari, que les biens sont acquis à la communauté.

Au contraire, pour étendre à l'homme qui s'est remarié, cette disposition de la coutume, on dit que dans la première partie de l'article 279, elle n'a fait aucune distinction entre la femme et l'homme : par conséquent, de même que dans la première disposition de cet article elle est censée avoir entendu de l'homme aussi bien que de la femme, ce qu'elle a dit de la femme, elle doit pareillement être censée avoir entendu de l'homme ce qu'elle a dit de la femme dans sa seconde disposition.

On répond à ce qui a été dit pour l'opinion contraire, que quoique la disposition de l'article 279 sur les conquêts, soit exorbitante, en ce sens qu'elle ajoute à l'édit, elle n'en est pas moins favorable, et par conséquent susceptible d'extension. Les mêmes raisons qui militent à l'égard de la femme, militent à l'égard de l'homme. L'homme ne fait pas plus de bénéfice à sa femme, en contractant une communauté, lorsqu'elle est égale, que sa femme ne lui en fait; et si la femme est redevable au travail et à l'industrie de son mari, des bons succès de la communauté, le mari, de son côté, n'en est pas moins redevable à sa femme, qui y a contribué par ses soins et par son bon ménage.

Par arrêt du 4 mars 1697, rendu sur les conclusions de M. d'Aguesseau, la cour a étendu à l'homme la disposition de l'article 279 sur les conquêts, en jugeant qu'un homme n'avoit pu rien donner à une seconde femme, des conquêts de sa première communauté.

La même chose avoit été jugée par un arrêt précédent, appelé vulgairement l'*arrêt des Poitevins*. Ces arrêts ont fixé

à cet égard la jurisprudence; et on ne doute plus aujourd'hui que l'homme qui se remarie, ne peut rien donner de ses conquêts à sa seconde femme : mais il n'est pas également certain que l'autre partie de cette disposition de l'article 279, qui défend à la femme qui s'est remariée, de disposer des conquêts de sa première communauté envers quelque personne que ce soit, doive pareillement s'étendre à l'homme.

§. II. Si la disposition de l'article 279 de la coutume de Paris, sur les conquêts, a lieu ailleurs; et à quelle coutume on doit avoir égard, pour décider si la disposition qu'une femme qui s'est remariée, a faite des conquêts de ses précédents mariages, est valable.

649. La disposition de l'article 279 de la coutume de Paris, sur les conquêts, n'étant point contenue dans l'édit des secondes noces, et étant un droit nouveau que cette coutume a ajouté à l'édit, le droit qui renferme cette disposition, est un droit local et particulier à la coutume de Paris, qui l'a établi, lequel ne doit pas être suivi dans les autres coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 2 avril 1683, rapporté au Journal des Audiences. Notre coutume d'Orléans, en l'article 203, a adopté cette disposition de la coutume de Paris.

650. Cette disposition ayant pour objet les biens des communautés des précédents mariages d'une femme qui convole en secondes ou autres noces, que la coutume se propose de conserver aux enfants, elle est de la classe des statuts qu'on appelle *statuts réels*.

Les statuts réels, à l'égard des biens qui ont une situation, exerçant leur empire sur les biens qui sont situés dans leur territoire, et non sur ceux qui sont situés ailleurs, il s'ensuit que si une femme domiciliée dans une province qui n'a point de loi semblable à celle de Paris, se remarie, et qu'elle ait des conquêts de ses précédents mariages, situés dans le territoire de la coutume de Paris; quoique cette femme, étant domiciliée dans une autre province, ne soit point, quant à sa personne, sujette à la coutume de Paris, elle y est sujette par rapport à ses conquêts qu'elle a dans le territoire de la coutume de Paris, sur lesquels cette coutume a droit d'exercer son empire, comme étant dans son territoire; c'est pourquoi elle n'en pourra rien donner à son nouveau mari, ni en disposer envers quelque personne que ce soit.

*Contrà vice versâ*, si une personne de Paris qui s'est remariée, a des conquêts de son premier mariage, situés dans une province qui n'a pas une loi semblable à celle de Paris, sur les conquêts, elle pourra donner à son second mari une portion d'enfant dans lesdits conquêts, de même que dans ses autres biens, et elle en pourra disposer librement envers d'autres personnes; car, quoiqu'elle soit soumise, quant à sa personne à la coutume de Paris, elle ne l'est pas par rapport auxdits biens, sur lesquels la coutume de Paris ne peut exercer son empire, puisqu'ils sont situés hors de son territoire.

Observez qu'il n'y a de biens qui aient ou soient censés avoir une situation, que les héritages, c'est-à-dire, les fonds de terre et maisons; les droits réels qu'on a dans un héritage, tels que les droits de directe seigneuriale, ou de rente foncière; et les créances qui ont pour objet un héritage, telles que celle qu'a l'acheteur d'un héritage, pour se le faire livrer. Les rentes sur l'hôtel-de-ville de Paris sont aussi censées avoir une espèce de situation à Paris, où est le bureau de paiement.

651. A l'égard des autres rentes constituées, des meubles corporels, et des créances de sommes d'argent ou de choses mobilières, ces biens n'ayant aucune situation, se régissent par la loi à laquelle est sujette la personne à qui ils appartiennent.

Suivant ces principes, une parisienne qui convole à de secondes noces, ne peut rien donner à son second mari de ses rentes et de ses meubles conquêts de son premier mariage.

Cela a lieu, quand même elle épouseroit un homme d'une autre province, où il n'y a pas une loi semblable à celle de Paris; car, quoique cette femme doive, dans l'instant qu'elle contractera mariage avec cet homme, prendre le domicile de cet homme, et perdre le sien, et par conséquent cesser d'être sujette à la coutume de Paris, il suffit qu'au temps de son contrat de mariage, qui doit précéder celui de son mariage, elle n'ait pas encore perdu son domicile, et soit encore sujette à la coutume de Paris, pour qu'elle ne puisse disposer par son contrat de mariage, de ses rentes et meubles conquêts, contre la disposition de la coutume de Paris, Quoique, lors de son mariage, elle ne soit plus sujette

à la coutume de Paris, son mariage, qui confirme les dispositions du contrat de mariage, ne peut pas confirmer celles qui n'étoient pas valables lorsqu'elles ont été faites.

652. *Vice versâ*, lorsqu'une femme d'une province où il n'y a pas une loi semblable à l'article 279 de Paris, sur les conquêts, épouse en secondes noces un parisien, la donation qu'elle lui fait, par son contrat de mariage, de quelques rentes ou effets mobiliers de la première communauté, est valable, jusqu'à la concurrence d'une part d'enfant; car, quoique par le mariage qu'elle doit contracter, elle doive perdre son domicile, acquérir celui de son mari, et par conséquent devenir sujette à la coutume de Paris, il suffit que lors de son contrat de mariage, elle retienne encore son domicile, et ne soit pas encore sujette à la coutume de Paris, pour que la donation qu'elle a faite à son second mari, par son contrat de mariage, ne doive pas se régler par la coutume de Paris, qui la lui interdit, mais par la loi du lieu du domicile qu'elle n'a pas encore perdu, qui ne la lui interdit pas.

Il est vrai que cette donation, de même que toutes les conventions du mariage, dépend de la condition, *si nuptiæ sequantur*, et qu'ainsi elle est confirmée par le mariage, dans un temps auquel elle devient sujette à la coutume de Paris; mais l'existence des conditions apposées à des actes entre vifs, ayant un effet rétroactif au temps de l'acte, la donation est censée avoir eu toute sa perfection dès le temps auquel elle a été contractée; et par conséquent dans un temps où cette femme n'étant pas encore sujette à la coutume de Paris, il lui étoit permis de donner ce qu'elle a donné.

## CHAPITRE III.

### Des peines de l'ordonnance de Blois, contre les veuves qui contractent des mariages avec des personnes indignes.

653. Henri III, par l'ordonnance de Blois, *art.* 18, a établi, pour un cas particulier, une nouvelle peine contre les veuves qui se remarient ayant enfants; c'est celui auquel elles se remarient à un homme indigne de leur condition.

Voici les termes de cet article : « D'autant que plusieurs » femmes veuves, même ayant enfants d'autres mariages, se » remarient follement à personnes indignes de leur qualité, » et qui pis est, les aucunes à leurs valets, nous avons dé» claré et déclarons tous dons et avantages qui, par lesdites » veuves ayant enfants de leurs premiers mariages, seront » faits à telles personnes, sous couleur de donation, vendi» tion, association à leur communauté, ou autre quelconque, » nuls et de nul effet; et icelles femmes, lors de la conven» tion de tels mariages, avons mis et mettons en l'interdiction » de leurs biens; leur défendons les vendre, ou autrement » aliéner en quelque sorte que ce soit; et à toutes personnes » d'en acheter, ou faire avec elles autres contrats par lesquels » leurs biens puissent être diminués; déclarons lesdits con» trats nuls et de nul effet. »

Cette loi, qui prononce des peines contre les veuves qui convolent à un mariage déshonorant avec des personnes indignes de leur qualité, est une extension de l'édit des secondes noces. Elle ne concerne que celles qui ont des enfants de leurs précédents mariages : c'est ce qui paroît par les termes du dispositif : *Nous avons déclaré tous dons.... qui, par lesdites veuves* AYANT ENFANTS *de leurs premiers mariages, seront faits, etc.* Celles qui n'en ont point, ne sont donc point sujettes aux peines de cette loi.

654. Une veuve est censée se remarier à une personne *indigne de sa qualité*, lorsqu'étant veuve d'un gentilhomme ou d'un homme constitué en dignité, elle épouse un homme d'une profession dérogeante à noblesse, tel qu'est un artisan, un sergent, etc. La veuve d'un simple bourgeois d'un état honnête, est aussi censée épouser un homme indigne de sa qualité, lorsqu'elle épouse un homme de la lie du peuple, tel qu'est un gagne-denier.

Une veuve est sur-tout censée épouser un homme indigne de sa qualité, lorsqu'elle épouse *son valet*, comme il résulte des termes de l'ordonnance, *et qui pis est, aucunes leurs valets*: ce qui comprend non-seulement ceux du plus bas rang, tels que les laquais; mais généralement tous les domestiques. Par exemple, une veuve de condition qui épouseroit son maître-d'hôtel, seroit sujette aux peines de cette ordonnance.

655. Cette loi ajoute des peines à celles portées par l'édit des secondes noces. Elle ne restreint pas seulement la liberté

de donner à un second mari ; elle prive entièrement la veuve de la faculté de lui faire aucun avantage direct ou indirect. Elle fait plus ; elle veut qu'icelles femmes, *lors de la convention de tels mariages*, c'est-à-dire, non-seulement du jour de ces mariages, mais du jour des fiançailles ou accords faits pour un tel mariage, soient interdites d'aliéner et d'engager leurs biens.

La raison est, comme l'observe Coquille sur cet article de l'ordonnance, qu'une femme se montrant, en contractant un tel mariage, être dépourvue de sens, elle mérite d'être interdite de la disposition de ses biens.

656. Cette interdiction n'a pas d'effet rétroactif : c'est pourquoi les aliénations que cette femme auroit faites avant les accords de ce mariage indigne, sont valables, pourvu que ce ne soient pas des biens qu'elle tient de la libéralité de son premier mari, qu'elle ait aliénés, *sup. n.* 616 ; comme aussi pourvu que ce ne soit pas des donations directes ou indirectes, faites à la personne indigne qu'elle a depuis épousée ; car elles seroient suspectes d'avoir été faites en contemplation de son futur mariage, qu'elle a depuis contracté avec cette personne, et d'être faites en fraude de la loi.

657. Quoique l'article de l'ordonnance qui porte cette interdiction, soit fait en faveur des enfants du premier mariage, néanmoins les enfants du premier mariage revendiquant ces biens comme biens de leur mère, qu'elle n'a pas eu le pouvoir d'aliéner ni d'obliger, les enfants du second mariage, s'il y en a, doivent y être admis avec eux, ayant un droit égal au leur, aux biens de leur mère commune : mais si les enfants du premier mariage étoient tous prédécédés, la disposition de l'ordonnance n'ayant été faite qu'en leur faveur, les enfants du second mariage, ni les héritiers collatéraux de la femme ne seroient pas reçus à attaquer les aliénations qu'elle auroit faites de ces biens.

658. La disposition de cet article de l'ordonnance de Blois doit-elle être étendue à un homme veuf ayant enfants, qui se remarie à une femme indigne de sa condition ? La raison de douter, est que cette disposition est une extension de l'édit des secondes noces ; par conséquent, de même que l'édit des secondes noces a été étendu à l'homme, quoique le premier chef n'eût parlé que de la femme, il semble que cette disposition, qui est une extension de l'édit, doive, de même que l'édit, être étendue à l'homme.

Néanmoins il faut décider qu'elle n'y doit pas être étendue, étant fondée sur des raisons qui sont particulières à la femme, et qui ne s'appliquent pas à l'homme. En effet, les peines portées par cet article contre une veuve de qualité qui se remarie à une personne indigne, sont une réparation que la loi accorde aux enfants du premier mariage, de l'injure atroce que leur mère fait à la mémoire de son mari, en abdiquant le nom illustre qu'il lui avoit donné, et une famille illustre dans laquelle il l'avoit fait entrer, pour prendre le nom et entrer dans la famille d'une personne indigne. Il est évident que cela ne peut s'appliquer à l'homme, puisque ce n'est pas l'homme qui acquiert, par le mariage, le nom et la famille de la femme, mais la femme qui acquiert le nom et la famille de l'homme. D'ailleurs, quoiqu'un homme se déshonore en épousant une femme indigne de sa condition, dont il a fait, en l'épousant, sa compagne, ce déshonneur dont il se couvre n'est pas comparable à l'ignominie dont se couvre une femme, en épousant un homme indigne de son rang, auquel, en l'épousant, elle s'assujettit, et à la condition duquel elle se réduit. On ne peut donc pas dire qu'il y ait une parité de raison qui puisse faire étendre à l'homme qui se remarie à une personne indigne de son rang, les peines que la loi a établies en ce cas contre la femme.

FIN DU TRAITÉ DU CONTRAT DE MARIAGE.

# TRAITÉ

## DE LA

# PUISSANCE DU MARI

## SUR

# LA PERSONNE ET LES BIENS

# DE LA FEMME.

### ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Le mariage, en formant une société entre le mari et la femme, dont le mari est le chef, donne au mari, en la qualité qu'il a de chef de cette société, un droit de puissance sur la personne de la femme, qui s'étend aussi sur ses biens.

Nous traiterons, dans une première partie, de la puissance qu'il a sur la personne de la femme : dans la seconde, de celle qu'il a sur ses biens.

# PREMIÈRE PARTIE.

## De la puissance du mari sur la personne de la femme.

### ARTICLE PREMIER.

1. La puissance du mari sur la personne de la femme, consiste, par le droit naturel, dans le droit qu'a le mari d'exiger d'elle tous les devoirs de soumission qui sont dus à un supérieur.

Un de ses principaux effets, est un droit qu'a le mari d'obliger sa femme à le suivre par-tout où il juge à propos d'aller demeurer ou résider, pourvu néanmoins que ce ne soit pas hors du royaume et en pays étranger : car si le mari, en abjurant sa patrie, vouloit s'y établir, la femme, qui doit encore plus à sa patrie qu'à son mari, ne seroit pas obligée de l'y suivre, et d'imiter l'abjuration que son mari fait de sa patrie.

Le droit civil a beaucoup augmenté la puissance du mari sur la personne de sa femme.

Par l'ancien droit romain, la puissance qu'un père de famille avoit sur la personne de sa femme, étoit immense : elle étoit la même que celle qu'il avoit sur ses enfants et sur ses esclaves. Il acquéroit cette puissance de trois différentes manières, *confarreatione, coëmptione, et usu*. Ceux qui seront curieux de connoître quelles étoient ces différentes manières d'acquérir cette puissance, et en quoi elle consistoit, peuvent consulter ce que nous en avons écrit dans notre ouvrage des Pandectes, au titre *de his qui sui vel alieni juris sunt*, n° IX, sur-tout dans les notes, *et in prætermissis ad hunc titulum.*

2. Nous nous bornerons à traiter de ce en quoi notre droit municipal fait principalement consister la puissance qu'il donne au mari, sur la personne de sa femme.

Nos coutumes ont mis la femme dans une telle dépendance de son mari, qu'elle ne peut rien faire de valable, et qui ait quelque effet civil, si elle n'a été habilitée et autorisée par lui à le faire.

La coutume d'Orléans est celle qui s'en explique le mieux : il y est dit, *art.* 194 : « Femme mariée ne peut donner, alié- »ner, disposer, ni aucunement contracter entre vifs, sans autorité et consentement de son mari. »

Sur cette autorisation du mari, qui est nécessaire à la femme, nous verrons, dans une première section, ce que c'est que cette autorisation, sur quoi elle est fondée, et comment elle peut être suppléée : dans une seconde, quelles sont les femmes qui ont besoin de l'autorisation de leur mari, et quels sont les maris qui peuvent autoriser leurs femmes : dans une troisième, dans quels actes l'autorisation est nécessaire, en quel cas la femme en est dispensée : dans une quatrième, comment et quand doit s'interposer l'autorisation : enfin, dans une cinquième section, nous exposerons l'effet, tant de l'autorisation que du défaut d'autorisation.

## SECTION PREMIÈRE.

Ce que c'est que l'autorisation du mari, dont la femme a besoin ; sur quoi elle est fondée ; quand la femme commence à en avoir besoin, et comment elle peut être suppléée.

### §. I. Ce que c'est que l'autorisation du mari, dont la femme a besoin ; et sur quoi elle est fondée.

3. On peut définir l'autorisation du mari, qui est nécessaire à la femme, un acte par lequel le mari habilite sa femme pour quelque acte qu'elle ne peut valablement faire que dépendamment de lui.

Le besoin qu'a la femme de cette autorisation de son mari, n'est pas fondé sur la foiblesse de sa raison ; car une femme mariée n'a pas la raison plus foible que les filles et les veuves, qui n'ont pas besoin d'autorisation.

La nécessité de l'autorisation du mari n'est donc fondée que sur la puissance que le mari a sur la personne de sa femme, qui ne permet pas à sa femme de rien faire que dépendamment de lui.

4. Il suit de ces principes, que l'autorisation du mari, dont la femme a besoin, est très-différente de l'autorité d'un tuteur, dont le mineur, qui est sous puissance de tuteur, a besoin. Celle-ci n'est requise uniquement qu'en faveur du mineur, pour empêcher qu'il ne soit surpris, et qu'il ne con-

tracte quelque engagement préjudiciable à ses intérêts : c'est pourquoi le défaut de cette autorisation ne peut être opposé que par le mineur, ou par ceux qui sont à ses droits, et qui le représentent. Lorsque le mineur juge que le contrat qu'il a fait sans l'autorité de son tuteur, lui est avantageux, il peut en poursuivre l'exécution, sans que ceux avec lesquels il a contracté, puissent lui opposer le défaut de l'autorisation de son tuteur, qui n'est pas intervenue au contrat : *Placuit* (dit Justinien, au titre des Institutes *de autor. tut.*) *meliorem quidem conditionem licere eis* (*pupillis*) *facere etiam sinè tutoris autoritate, deteriorem verò non aliter quàm cum tutoris autoritate, undè ex quibus causis obligationes mutuæ nascuntur, ut in emptionibus venditionibus, etc. si tutoris autoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his* (*pupillis*) *contrahunt, obligantur; at invicem pupilli non obligantur.*

Au contraire, l'autorisation du mari, dont la femme a besoin pour contracter valablement, n'étant pas requise en faveur de la femme, mais en faveur du mari, pour maintenir la puissance qu'il a sur sa femme, il n'importe pour la nullité d'un contrat et autres actes que la femme fait sans être autorisée de son mari, que ces actes soient avantageux ou désavantageux à la femme. C'est ce qui résulte des termes employés par les coutumes : *Femme mariée ne peut* AUCUNEMENT CONTRACTER. L'ordonnance des donations de 1731, reconnoît et suppose ce principe; car quoique l'acceptation que fait une femme mariée, d'une donation pure et simple qui lui est faite, ne puisse que lui être avantageuse, néanmoins elle décide, *art.* 9, que cette acceptation est nulle, si la femme n'est autorisée de son mari pour la faire.

5. De là naît encore une autre différence entre l'autorité du mari et celle d'un tuteur. Celle-ci n'étant requise qu'en faveur du mineur, la nullité du contrat que le mineur a fait sans l'autorité de son tuteur, n'est qu'une nullité relative, qui n'a lieu qu'autant que le mineur jugeroit que le contrat lui est désavantageux : c'est pourquoi, lorsque le mineur, devenu majeur, l'a approuvé, soit expressément, en le ratifiant, soit tacitement, en laissant passer le temps de la restitution, sans s'être pourvu contre, cette approbation purge le vice qui résultoit du défaut d'autorité du tuteur; et le contrat porte hypothèque de ce jour sur les biens du mineur, lorsqu'il a été passé devant notaires.

Au contraire, l'autorisation du mari étant requise pour habiliter la femme à contracter, laquelle, tant qu'elle est sous puissance de mari, en est, sans cette autorisation, absolument incapable, la nullité des contrats et autres actes qu'elle a faits sans cette autorisation, est une nullité absolue, qui ne peut être purgée ni couverte par la ratification que la femme feroit de cet acte depuis sa viduité. Cette ratification ne peut donc rendre valable l'acte qui a été fait sans l'autorisation de son mari; elle ne peut valoir que comme un nouveau contrat, qui ne peut avoir d'effet que du jour qu'elle est intervenue.

6. Cette autorisation n'est pas un simple consentement; le contrat auquel le mari auroit donné son consentement, en y souscrivant, ne sera pas pour cela valable, s'il n'a pas expressément autorisé la femme pour le faire.

### §. II. Quand la femme commence-t-elle à avoir besoin d'autorisation.

7. La puissance qu'a le mari sur la personne de sa femme, étant un effet du mariage, elle ne peut commencer qu'avec le mariage, l'effet ne devant pas précéder sa cause. Ce n'est donc que du jour de la bénédiction nuptiale que la femme passe sous la puissance de son mari, et, par conséquent, ce n'est que de ce jour que doit commencer le besoin qu'elle a d'autorisation, qui est un effet de cette puissance.

8. Néanmoins quelques coutumes ont assujetti la femme, aussitôt qu'elle est fiancée, à se faire autoriser par son fiancé. Telle est la coutume d'Artois, qui dit en l'article 87 : « La » femme, dès qu'elle est fiancée, ne peut contracter, ne dis- » poser de ses biens par testament, ne autrement, sans l'au- » torité de son fiancé. »

Quoique Dumoulin ait traité d'impertinente cette disposition de coutume, (*Hoc ineptum*, dit-il en sa note, *quum possit majus, scilicet discedere à sponsalibus*) néanmoins elle doit être suivie dans son territoire.

9. Quoique cette coutume assujettisse la femme à l'autorisation, *dès qu'elle est fiancée*, néanmoins vis-à-vis de ceux qui ont contracté avec une fiancée, cette incapacité ne peut leur être opposée que lorsque les fiançailles ont été rendues publiques, par la publication des bancs : autrement il seroit injuste qu'ils fussent induits en erreur par des fiançailles qu'ils

pouvoient ignorer, des fiançailles n'étant pas si publiques que l'est un mariage.

10. Cette puissance donnée au fiancé sur sa fiancée, étant un effet anticipé que cette coutume donne au futur mariage, c'est une conséquence que lorsque le mariage ne se fait pas, il n'y a pas lieu à cette puissance; et que tout ce que la fiancée a fait sans l'autorité de son fiancé, est valable.

11. Cette disposition de la coutume d'Artois, qui assujettit les femmes fiancées à la puissance du fiancé, ayant pour objet de régler l'état de ces femmes, est un statut personnel, qui ne peut par conséquent avoir lieu que sur les femmes soumises à son empire, par le domicile qu'elles ont dans son ressort, lors des fiançailles.

### §. III. Comment l'autorisation du mari est-elle suppléée par celle du juge.

12. Comme un mari pourroit refuser d'autoriser sa femme pour des actes qu'elle a intérêt de faire, ou pourroit être trop éloigné pour donner cette autorisation aussi promptement que le cas l'exige, nos coutumes ont pourvu à cela, en permettant en ce cas à la femme de se faire autoriser par le juge, sur le refus ou pour l'absence de son mari. La femme doit, en ce cas, donner requête au juge, par laquelle elle expose quel est l'acte pour lequel elle demande à être autorisée : l'absence, ou le refus de son mari de l'autoriser; duquel refus elle fait apparoir par la sommation qu'elle lui en a faite. Le juge, en connoissance de cause, l'autorise par l'ordonnance qu'il met au bas de sa requête. Cette autorisation du juge est représentative de celle du mari, et y supplée; elle rend la femme habile à faire l'acte pour lequel le juge l'a autorisée, de même que si elle étoit autorisée par son mari.

13. La seule différence entre l'autorisation du mari et celle du juge, est que lorsqu'une femme, durant le mariage, a contracté quelque obligation, n'étant autorisée que par le juge, le créancier ne peut se faire payer sur les biens de la communauté, tant qu'elle subsiste, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce que la communauté auroit profité de l'affaire pour laquelle la femme a contracté l'obligation; sauf à lui à se pourvoir, après la dissolution de la communauté, sur les biens de la femme : au lieu que lorsque la femme a été autorisée de son mari, pour quelque obligation qu'elle a contrac-

tée durant le mariage, le mari ayant approuvé l'obligation, ne peut s'opposer au paiement que le créancier en exige durant la communauté; le mari a seulement droit de prétendre, lors de la dissolution de la communauté, récompense de la somme qui en a été tirée pour l'acquitter; si la dette étoit une dette qui ne concernât que des affaires particulières à la femme, dont elle eût seule profité, et dont elle fût seule débitrice.

14. Il reste à observer qu'il n'y a qu'un juge séculier qui puisse accorder cette autorisation. Denisart, en ses notes sur un acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 22 février 1695, rapporte un arrêt de 1729, qui a déclaré abusive l'ordonnance d'un official de Séez, séant à Mortagne, par laquelle il avoit autorisé une femme, sur le refus de son mari, à procéder devant lui sur une demande en réclamation de vœux, qui avoit été donnée contre elle, devant lui, par son fils. La raison est, que l'autorisation du juge, qui rend la femme habile, soit à contracter, soit à ester en jugement, concerne l'état civil de sa personne, lequel est entièrement du ressort de la puissance séculière.

## SECTION II.

### Quelles sont les femmes qui ont besoin de l'autorisation de leurs maris ; et quels sont les maris qui peuvent autoriser leurs femmes.

## ARTICLE PREMIER.

### Quelles femmes ont besoin de l'autorisation de leurs maris.

Nous traiterons cette question par rapport, 1° aux femmes séparées de biens; 2° aux marchandes publiques; 3° à celles dont le mari a perdu l'état civil; 4° à celles dont le mari a perdu l'usage de la raison; 5° à celles dont on ignore ce qu'est devenu le mari; 6° à celles dont le mari passe pour mort dans le public.

#### §. I. Des femmes séparées de biens.

15. Le besoin qu'a une femme de l'autorisation de son mari, pour les contrats et autres actes qui se présentent dans le commerce de la société civile, ayant son fondement dans la puissance que son mari a sur sa personne, comme nous l'a-

vons vu en la section précédente, et non sur la communauté de biens en laquelle elle est avec son mari, on en doit conclure qu'une femme, quoique séparée de biens, soit par son contrat de mariage, soit par une sentence de séparation intervenue depuis le mariage, ne laisse pas d'avoir besoin de l'autorisation de son mari pour les actes qu'elle fait, sauf pour ceux qui ne concerneroient que la simple administration de ses biens.

C'est pourquoi la seule différence que la séparation de biens met entre la femme qui est séparée de biens, et celle qui ne l'est pas, par rapport à la nécessité de l'autorisation, est que la femme qui n'est pas séparée, ne peut faire valablement aucun acte, aucun contrat, quel qu'il soit, sans autorisation de son mari, ou du juge. Au contraire, la femme séparée ayant, par sa séparation, le droit d'administrer elle-même ses biens, les coutumes l'ont dispensée de l'autorisation pour tous les actes qui ne concernent que la simple administration de ses biens.

C'est ainsi qu'il faut entendre ce qui est dit en l'article 234 de la coutume de Paris : « Une femme mariée ne se peut obli» ger sans le consentement de son mari, si elle n'est séparée » par effet, ou marchande publique. »

Le sens de cet article est, que la femme mariée qui n'est ni séparée, ni marchande publique, ne peut en aucun cas, par quelque acte ou par quelque contrat que ce soit, s'obliger sans le consentement de son mari.

Mais on n'en doit pas conclure que celle qui est séparée, puisse indistinctement, pour quelque acte que ce soit, se passer de l'autorisation de son mari : elle peut s'en passer seulement pour les actes et contrats qui ne concernent que l'administration de ses biens, que la séparation lui donne droit d'administrer.

A l'égard de tous les autres actes, comme seroient les contrats de vente ou d'échange d'un héritage, un emprunt de sommes considérables, l'acceptation ou répudiation d'une succession échue à la femme, et généralement tous les actes qui ne sont pas de simple administration, la femme, quoique séparée, ne peut valablement les faire sans l'autorisation de son mari, ou du juge.

16. La coutume de Montargis s'est écartée de ces principes. Cette coutume dispense entièrement la femme qui est

séparée, de se faire autoriser pour quelques actes que ce soit, de même que si elle étoit à cet égard délivrée de la puissance de son mari : elle dit, au chapitre 8, article 6 : « Femme sé» parée, quant aux biens solemnellement, peut et lui loist » contracter et disposer de ses biens meubles et immeubles, » ainsi et en la manière qu'elle pourroit faire, si elle n'étoit » mariée. »

La coutume de Dunois, *art.* 58, a une semblable disposition.

Notre ancienne coutume d'Orléans, en *l'article* 171, avoit la même disposition; mais cet article a été retranché lors de la réformation; et l'on observe aujourd'hui en cette coutume, de même qu'ailleurs, que la femme n'est dispensée de l'autorisation, que pour les actes de simple administration. Mornac, *ad* l. 21, *cod. de procurat.*, rapporte un arrêt rendu en la coutume d'Orléans, l'an 1586, trois ans après sa réformation, qui a jugé que la femme séparée avoit besoin d'autorisation, pour l'aliénation de ses immeubles. Il est aussi rapporté par Lalande.

Par la même raison, lorsque la femme a vendu, étant autorisée de son mari, quelque héritage dont le prix n'a pas été payé lors du contrat, elle aura encore besoin de l'autorisation de son mari, pour en recevoir le prix, lorsque l'acheteur le paiera; car il en doit être fait un emploi auquel le mari a intérêt de veiller.

17. Dans les coutumes qui admettent le principe que la séparation ne dispense la femme mariée de l'autorisation que pour les actes d'administration, on a douté si le rachat d'une rente constituée, qui étoit fait à une femme séparée à qui elle elle étoit due, pouvoit passer pour un acte de pure administration. La raison pour le regarder comme tel, étoit que ce rachat étant un acte nécessaire, la femme ne pouvoit refuser son consentement. Néanmoins, comme il contient l'extinction, et par conséquent l'aliénation du principal de la rente, qui est immeuble, et que le mari a intérêt d'y être appelé, afin de veiller au remploi des deniers pour la sûreté des charges du mariage, auxquelles la femme doit contribuer, il a été jugé que l'autorisation du mari, ou du juge, à son défaut, étoit nécessaire. C'est pourquoi, lorsque le débiteur offre le rachat de la rente à la femme, si elle ne rapporte pas un acte d'autorisation, ce débiteur peut demander, pour faire le ra-

chat sûrement, et pour être déchargé des intérêts, que les deniers demeurent en dépôt chez le notaire, jusqu'à ce que la femme ait rapporté une autorisation.

18. Il reste à observer, que pour qu'une femme puisse être regardée comme séparée, et qu'elle puisse en conséquence faire, sans autorisation, les actes d'administration de ses biens, il ne suffit pas qu'elle ait obtenu une sentence de séparation; il faut que cette sentence ait été mise à exécution, soit par la restitution de la dot, soit par des poursuites pour se la faire restituer, qui soient subsistantes. C'est ce que signifient ces termes de l'article 234, ci-dessus rapportés, *séparée par effet*.

La raison est, qu'une sentence de séparation, lorsqu'elle n'est pas suivie d'exécution, est regardée comme nulle et non avenue, comme nous le verrons en notre traité de la communauté, *n.* 518.

19. La simple cause d'exclusion de la communauté ne dispense la femme de l'autorisation pour aucun acte; car cette clause ne prive pas le mari du droit de jouir des biens de sa femme, *ad sustinenda onera matrimonii*: cette clause n'en laisse pas l'administration à la femme, comme nous le verrons en notre traité de la communauté, *n.* 561.

### §. II. De la femme, marchande publique.

20. La coutume de Paris, après avoir parlé de la femme séparée, parle aussi de la femme, marchande publique : elle dit, article 236 : « La femme, marchande publique, se peut » obliger sans son mari, touchant le fait et dépendance de la» dite marchandise. »

L'article 235 explique ce que la coutume entend par marchande publique. Il y est dit : « La femme n'est réputée marchande publique, pour débiter les marchandises dont son » mari se mêle ; mais elle est réputée marchande publique, » quand elle fait marchandise séparée, et autre que celle de » son mari. »

La femme d'un marchand, quoiqu'elle aide son mari dans son commerce, n'est donc pas ce que la coutume entend par une marchande publique : elle ne peut, de même que toute autre femme, faire valablement, en son propre nom, aucun acte ni aucun contrat, sans l'autorisation de son mari; et,

lorsqu'elle débite dans la boutique de son mari, et qu'elle fait quelques autres espèces de marchés, que son mari est dans l'habitude de lui permettre de faire, ce n'est pas elle qui est censée contracter; elle ne fait que prêter son ministère à son mari, qui est censé contracter par son ministère. Elle est en cela semblable à un facteur, ou à une fille de boutique, lesquels, lorsqu'ils contractent pour leur maître, ne sont pas censés contracter en leur nom, et ne s'obligent pas, mais obligent leur maître, qui est censé faire lui-même, par leur ministère, les contrats qu'ils font pour lui, et qu'il est dans l'habitude de faire par leur ministère.

Pour qu'une femme soit marchande publique, et dans le cas de l'article de la coutume, il faut donc qu'elle fasse publiquement un commerce dont son mari ne se mêle pas, soit que son mari n'en fasse aucun, soit qu'il en fasse un différent de celui de sa femme.

21. La femme, marchande publique, peut, sans avoir besoin d'autorisation, faire valablement tous les contrats qui dépendent de son commerce, tels que sont les ventes et les achats des marchandises de son commerce, les achats des ustensiles, les louages des ouvriers et ouvrières qu'elle emploie pour son commerce, les lettres de change qu'elle donne, qu'elle endosse ou qu'elle accepte pour le fait de son commerce, etc.

L'utilité du commerce et la nécessité ont fait dispenser la marchande publique, de l'autorisation pour ces actes; cette femme n'ayant pas toujours son mari à ses côtés, qui puisse l'autoriser pour ces actes, lesquels souvent ne souffrent pas de retardement.

22. La marchande publique, non-seulement s'oblige elle-même par lesdits contrats; elle oblige aussi son mari, lorsqu'elle est commune : (*Etant marchande publique*, dit l'article 234,) *elle s'oblige et son mari, touchant le fait et dépendance de ladite marchandise*, et même par corps.

La raison est, que l'approbation que le mari est censé donner au commerce que fait sa femme à son vu et su, renferme une approbation de tous les contrats qu'elle fait qui en dépendent, et une accession de sa part aux obligations qui en naissent.

§. III. De la femme dont le mari a perdu l'état civil.

23. Le besoin qu'ont les femmes de l'autorisation de leurs maris, étant, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 2 *et* 3, un effet civil de la puissance que les maris ont sur elles, il suit de là, que lorsque le mari a perdu son état civil par une condamnation à une peine capitale, ayant, en ce cas, perdu tous les droits qu'il avoit dans la société civile dont il est retranché, et par conséquent le droit de puissance qu'il avoit sur sa femme, quant aux effets civils, la femme, qui est délivrée de cette puissance à cet égard, peut faire tous les actes et contrats qu'elle juge à propos de faire, sans avoir besoin de l'autorisation de son mari, de même que si elle étoit fille ou veuve.

Elle n'a pas non plus besoin de se faire autoriser par le juge; car cette autorisation n'étant que représentative et supplétive de celle du mari, elle ne peut être nécessaire à une femme qui, étant délivrée de la puissance de son mari, quant aux effets civils, n'a plus besoin de l'autorisation de son mari.

24. Lorsque c'est par contumace que le mari a été condamné à une peine capitale, on ne peut contracter sûrement avec la femme, si elle n'est au moins autorisée par le juge, à défaut de l'autorisation du mari. Il est vrai que si le mari meurt après les cinq ans écoulés depuis l'exécution de la sentence, sans s'être représenté, il est censé avoir perdu l'état civil, du jour de l'exécution de la sentence; et, en conséquence, tous les actes faits depuis par la femme, quoique sans autorisation, sont valables. Mais si le mari est mort dans les cinq ans, ou s'il s'est représenté, ou a été arrêté, la contumace étant en ce cas mise au néant, et n'ayant eu aucun effet, la femme ne sera pas censée avoir été délivrée de la puissance de son mari, et, en conséquence, tous les actes par elle faits sans autorisation, seront nuls.

§. IV. De la femme dont le mari est tombé en démence.

25. Lorsqu'un mari est tombé dans un état de démence, cet état étant une infirmité qui peut lui être survenue sans sa faute, ne doit le priver d'aucun de ses droits, ni par conséquent du droit de puissance qu'il a sur sa femme; il en

empêche seulement l'exercice. La femme demeurant donc toujours sous puissance de mari, à défaut de l'autorisation que ce mari ne peut lui donner, elle doit avoir recours à celle du juge, qui en est représentative.

26. Lorsque, dans ce cas, la femme est créée curatrice par le juge, à la personne et aux biens de son mari, sa nomination à cette curatelle renferme nécessairement une autorisation pour administrer, tant les biens de son mari, que les siens. La femme n'a donc pas besoin d'aucune autre autorisation. Mais elle ne pourroit, sans une autorisation particulière du juge, aliéner quelqu'un de ses héritages, accepter ou répudier une succession qui lui seroit échue, et faire tout autre acte qui excéderoit les bornes d'une administration.

§. V. De la femme dont on ignore ce qu'est devenu le mari.

27. Quoiqu'on ignore où est le mari, et qu'il soit incertain s'il est vivant ou mort, la femme doit avoir recours à l'autorisation du juge, pour suppléer à celle du mari; car, ne pouvant pas être délivrée de la puissance de son mari que par la mort naturelle ou civile de son mari, ni par conséquent recouvrer sans cela le pouvoir de contracter sans autorisation, qu'elle a perdu en se mariant, elle ne pourroit pas établir la validité des contrats et autres actes qu'elle auroit faits sans autorisation, faute de pouvoir prouver que lorsqu'elle a fait ces actes, son mari étoit mort, et qu'elle avoit le pouvoir de contracter sans autorisation.

Néanmoins, comme il n'est guère possible que la femme ait recours à l'autorisation du juge, pour chacun des actes qui sont à faire pour l'administration des biens, tant de son mari que d'elle, j'aurois de la peine à ne pas regarder comme valables tous les actes et contrats de pure administration, quoique faits sans autorisation. Il est pourtant plus sûr que cette femme se fasse autoriser par le juge, pour cette administration.

§. VI. De la femme dont le mari passe pour mort dans le public.

28. Lorsque la femme, et les personnes qui ont contracté avec elle, ont eu un juste sujet de croire que son mari étoit mort, et que la femme avoit en conséquence le pouvoir de contracter sans autorisation ; comme lorsqu'un homme

ayant été vu parmi les morts, après une bataille, et cru mort, quoiqu'il ne le fût pas, on a donné des certificats en bonne forme de sa mort; si, sur la foi de ces certificats, la femme a fait plusieurs contrats avec plusieurs personnes, sans autorisation, et que le mari ait depuis reparu, je pense qu'en ce cas, tant la femme que ceux qui ont contracté avec elle, ayant eu, sur le fondement de ces certificats, un juste sujet d'être persuadés de la mort du mari, et ayant en conséquence contracté de bone foi, sans l'autorisation qu'on croyoit de bonne foi n'être plus nécessaire, cette bonne foi, tant de la femme que de ceux qui ont contracté avec elle, doit suppléer au défaut de la formalité de l'autorisation, et rendre ces contrats valables. C'est le cas de cette maxime des interprètes, *Error communis facit jus*. Lorsque le public a un juste sujet de croire qu'une personne a un état, que dans la vérité elle n'a pas, l'intérêt du commerce de la société civile exige que cette personne puisse faire valablement les mêmes actes qu'elle feroit, si elle avoit véritablement cet état; autrement l'erreur dans laquelle est le public, sur l'état de cette personne, troubleroit le commerce, et seroit préjudiciable à toutes les personnes qui auroient affaire à elle. Suivant ces principes, dans l'espèce proposée, l'erreur dans laquelle étoit le public sur l'état de la femme qui passoit pour veuve, ayant eu un juste fondement dans les certificats en bonne forme qui avoient été donnés de la mort de son mari, tous les actes et contrats que cette femme, qui passoit pour veuve, quoiqu'elle ne le fût pas, a faits sans autorisation, sont aussi valables que si elle eût été effectivement veuve. *Voyez* Barthole et les autres docteurs, *ad l. Barbarius Philippus*, ff. *de off. prætoris*.

## ARTICLE II.

### Quels maris peuvent autoriser leurs femmes.

29. Un mari, quoique mineur, a le droit de puissance maritale sur la personne de sa femme, quoiqu'elle soit majeure; d'où il suit qu'un mari, quoique mineur, a le pouvoir d'autoriser sa femme, soit qu'elle soit mineure, soit qu'elle soit majeure; ce pouvoir étant un effet et une dépendance de la puissance qu'il a sur elle.

30. Un mari mineur, quoiqu'il n'ait pas le pouvoir d'alié-

ner ses propres biens immeubles, a néanmoins le pouvoir d'autoriser sa femme majeure, pour l'aliénation des immeubles de cette femme.

La femme, comme majeure, étant capable par elle-même d'aliéner ses immeubles, et n'ayant besoin, pour le faire valablement, que de l'autorisation de son mari, l'aliénation qu'elle en fait, autorisée de son mari, quoique mineur, est valable, et elle ne peut se faire restituer contre.

Mais si le mari mineur souffre quelque préjudice de l'autorisation qu'il a donnée, pour l'aliénation de l'immeuble de sa femme, n'ayant pas reçu l'équivalent de la jouissance de cet immeuble, dont sa communauté est privée par l'aliénation qui en a été faite, les mineurs étant restituables contre tous les actes qu'ils font, qui sont préjudiciables à leurs intérêts, ce mari mineur peut prendre des lettres de rescision contre l'autorisation qu'il a donnée à sa femme, pour cette aliénation; et cette autorisation étant rescindée et annulée, l'aliénation que la femme a faite, se trouvant par ce moyen destituée d'autorisation, deviendra nulle; rien de ce qu'une femme mariée fait, ne pouvant être valable sans autorisation.

Lorsqu'un mari mineur ne souffre aucun préjudice de l'autorisation qu'il a donnée pour l'aliénation d'un héritage de sa femme; comme lorsqu'il a autorisé sa femme majeure, pour faire à quelqu'un donation entre vifs de son héritage propre, avec rétention d'usufruit, l'acte ne peut recevoir d'atteinte ni de la part de la femme, ni de la part du mari. Il ne le peut de la part de la femme, puisqu'étant majeure, elle est très-capable de disposer de ses héritages par donation entre vifs, de même qu'à tout autre titre, pourvu qu'elle soit autorisée de son mari.

L'acte ne peut pareillement recevoir d'atteinte de la part du mari; car, au moyen de la rétention de l'usufruit, la jouissance de l'héritage devant toujours tomber dans sa communauté, tant qu'elle durera, il ne souffre aucun préjudice de l'autorisation qu'il a donnée à sa femme, pour faire la donation, et il ne peut par conséquent être recevable à se pourvoir contre son autorisation.

31. Lorsque la femme est mineure, le mari qui est aussi mineur, peut bien l'autoriser quant aux actes pour lesquels les mineurs émancipés n'ont pas besoin de curateur, tels que

sont tous les actes de simple administration; mais il ne peut lui tenir lieu de curateur, quant aux actes pour lesquels les mineurs émancipés ont besoin d'un curateur, tels que sont ceux qui concernent le fonds de quelqu'un de leurs immeubles. Par exemple, il ne suffit pas que le mari, lorsqu'il est mineur, ait été assigné avec sa femme, sur une demande en licitation, ou sur une demande en retrait donnée contre sa femme, et qu'il soit partie avec elle dans l'instance; il faut que la femme soit en outre assistée d'un curateur pour y défendre.

Lorsque le mari est majeur, il peut tenir lieu à sa femme de curateur.

32. A l'égard des actes que les mineurs ne peuvent faire valablement, même avec un curateur, un mari, quoique majeur, ne peut les rendre valables, en autorisant sa femme mineure pour les faire.

Par exemple, l'aliénation volontaire que la femme mineure auroit faite de quelqu'un de ses immeubles, ne laisseroit pas d'être nulle, quoiqu'elle eût été autorisée par son mari majeur. L'autorisation du mari n'est pas néanmoins, en ce cas, tout-à-fait inutile; car l'incapacité qui résulte de la minorité de la femme, pour les aliénations volontaires de ses immeubles, n'étant qu'une incapacité relative, qui n'est établie qu'en faveur de la mineure, la nullité des aliénations volontaires de ses immeubles, que la femme mineure a faites avec l'autorisation de son mari, n'est qu'une nullité relative, qui donne seulement à la femme le droit de se pourvoir contre, et qui cesse par l'approbation que la femme, devenue majeure, donne à ces actes, soit expressément, soit tacitement, en laissant passer le temps dans lequel elle doit se pourvoir contre. Au contraire, l'incapacité en laquelle est une femme mariée, de rien faire sans autorisation, étant une incapacité absolue, la nullité des actes qu'elle fait sans autorisation, est une nullité absolue : ces actes ne peuvent jamais devenir valables, et il n'est pas besoin de se pourvoir contre.

## SECTION III.

### Pour quels actes et pour quelles obligations l'autorisation du mari est-elle nécessaire; et en quels cas la femme peut-elle ester en jugement sans son mari.

#### §. I. Pour quels actes.

33. L'article de la coutume cité ci-dessus, dit : *Femme mariée ne peut donner, aliéner, ne aucunement contracter*, etc.

Ces termes, *ne peut aliéner*, comprennent les aliénations de meubles aussi bien que les aliénations d'immeubles; les aliénations nécessaires aussi bien que les volontaires. Une femme mariée ne peut donc, sans autorisation, recevoir valablement le paiement des sommes ou choses qui lui sont dues; car le paiement qui est fait à un créancier, renferme une aliénation de sa créance.

Lorsque la femme paie sans autorisation ce qu'elle doit, le paiement pourroit paroître, selon la subtilité du droit, n'être pas valable, parce qu'un paiement est une aliénation des choses payées. Néanmoins, lorsque la dette n'est pas contestée, et que le terme du paiement est venu, on doit, pour éviter le circuit d'actions, déclarer valable le paiement qui en a été fait par la femme, quoique sans autorisation. Cela sur-tout doit avoir lieu lorsque le créancier a dépensé de bonne foi les deniers qui lui ont été payés. *Arg. l.* 9, §. 2, ff. *de auth. tut.*

Il suit aussi de là qu'une femme mariée ne peut, sans autorisation, répudier une succession qui lui est déférée; car cette répudiation seroit une espèce d'aliénation du droit qui lui est déféré.

Elle ne peut pas non plus, sans l'autorisation de son mari ou du juge, accepter une succession, ni expressément, ni en faisant ce qui passe pour être acte d'héritier; car l'acceptation d'une succession renferme une obligation que l'héritier contracte envers les créanciers et légataires de la succession; la femme n'étant pas capable de contracter une obligation sans autorisation, ne peut par conséquent accepter une succession sans autorisation.

34. Par ces termes, *ne aucunement contracter*, la coutume déclare nuls tous les contrats que la femme fait sans autorisation, soit qu'ils lui soient préjudiciables, soit même qu'ils

lui soient avantageux : elle ne peut pas plus obliger les autres envers elle, que s'obliger envers les autres. L'ordonnance de 1731 a confirmé ces principes, en déclarant qu'une femme mariée ne pouvoit, sans autorisation, accepter valablement une donation qui lui étoit faite, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 4.

35. Outre les exceptions que souffrent ces principes, à l'égard des femmes séparées et des femmes marchandes publiques, que nous avons rapportées en la section précédente, les auteurs qui ont traité de cette matière, ont coutume d'en apporter encore quelques autres : ils ont coutume d'excepter de la nécessité de l'autorisation, le contrat fait par une femme, pour retirer son mari de prison. Cette opinion est fondée sur un arrêt du 27 août 1564, rendu *consultis classibus,* dans l'espèce duquel le mari prisonnier avoit passé procuration à sa femme, pour vendre une métairie, à l'effet d'employer le prix à satisfaire le créancier qui le retenoit en prison. Il avoit omis, par la procuration, d'autoriser sa femme. La femme qui avoit vendu la métairie, et employé le prix à délivrer son mari de prison, ayant été depuis poursuivie en garantie par l'acheteur qui souffroit éviction, avoit opposé à l'acheteur, contre son obligation de garantie, le défaut d'autorisation, et même elle avoit pris des lettres de rescision ; mais elle en fut déboutée par l'arrêt.

36. Lebrun, qui rapporte cet arrêt, fait trois observations. Il observe, 1° que le sentiment du barreau est de restreindre cette exception au cas auquel le mari n'auroit pu être retiré autrement de prison, y étant retenu pour une dette à l'égard de laquelle un débiteur n'est pas admis au bénéfice de cession.

37. La coutume de Normandie, qui approuve non-seulement l'obligation de la femme, mais même la vente de ses héritages dotaux, pour rédimer son mari de prison, *art.* 541, dit : *Pour rédimer son mari de prison, de guerre, ou de cause non civile.*

38. Une seconde observation que fait Lebrun, est qu'une femme peut bien être dispensée d'autorisation dans un contrat fait pour délivrer de prison son mari qui y est constitué, mais qu'il en est autrement, lorsque le contrat n'est fait que pour empêcher qu'il y soit constitué. *Arrêt rapporté par Soefve, du 23 mai 1653, t. 1, cent. 4, 40.*

39. Il fait une troisième observation, qui est, que même lorsqu'il s'agit de retirer de prison le mari qui y est déjà constitué, la femme, lorsqu'elle est mineure, ne peut s'obliger sans l'autorisation du juge. Dufresne, *tome 1 de son Journal, liv. 6, chap. 15, sur la fin,* dit que M. Talon en faisoit une maxime.

40. Quelques auteurs ont aussi pensé que la femme mariée pouvant contracter sans autorisation, pour retirer son mari de prison, elle le pouvoit aussi pour s'en retirer ellemême, lorsqu'elle y étoit constituée pour stellionat.

Lebrun est d'avis contraire. Il dit que si le défaut d'autorisation n'est pas considéré, lorsqu'une femme a contracté pour délivrer son mari de prison, c'est par une raison qui est particulière au mari, qui est que la nécessité de l'autorisation ayant été établie en faveur du mari, elle ne doit pas être rétorquée contre lui dans une occasion aussi importante. Cette raison n'ayant pas d'application à la femme, elle ne doit pas être dispensée d'autorisation, lorsqu'elle contracte pour se délivrer de prison, puisqu'il ne tient qu'à elle d'avoir recours à l'autorisation du juge, lorsque son mari lui refuse la sienne.

Mais lorsqu'une femme mariée, marchande publique, a été constituée prisonnière, pour fait de son commerce, Lebrun convient que le contrat qu'elle fait avec le créancier qui la retient en prison, pour en sortir, est valable sans autorisation; car il est du nombre des contrats relatifs à son commerce, pour lesquels nous avons vu que la femme, marchande publique, n'avoit pas besoin d'autorisation.

41. Outre le cas auquel la femme a contracté sans autorisation, pour retirer son mari de prison, les arrêts ont passé quelquefois par-dessus la formalité de l'autorisation, dans des cas qui leur ont paru favorables. Mornac, *ad l. 2,* ff. *S. C. Vell.;* et Chenu, *q.* 116, rapportent un arrêt du 12 avril 1595, qui a déclaré valable un contrat par lequel une femme, en l'absence de son mari, avoit, sans autorisation, constitué une dot modique à sa fille. L'annotateur de Lebrun en rapporte un autre du 13 mars 1651, qui a pareillement déclaré valable un contrat de dotation fait par une femme non autorisée, pour l'entrée en religion de sa fille. Ces arrêts ne doivent pas être tirés à conséquence:

une femme doit, en ce cas, avoir recours à l'autorisation du juge, lorsqu'elle ne peut avoir celle de son mari.

42. Ricard, Lebrun et d'autres auteurs exceptent encore de la nécessité de l'autorisation, les contrats qui interviennent durant le mariage entre le mari et la femme, tels que sont les dons mutuels. Les moyens sur lesquels ils fondent leur opinion, ne me paroissent pas solides. Ils disent, 1° que le besoin qu'a la femme de l'autorisation de son mari, étant un droit établi en faveur du mari, on ne doit pas le rétorquer contre lui, et opposer le défaut d'autorisation contre des contrats de sa femme, lorsqu'il a intérêt qu'ils soient valables.

Ce principe est démenti par l'ordonnance de 1731, *art.* 9, qui déclare nulles les donations que la femme a acceptées sans être autorisée, soit que la femme soit commune, soit qu'elle soit séparée, quoique le mari, lorsque la femme est commune, ait intérêt qu'elles soient valables, puisque sa communauté en profiteroit.

Ils disent, 2° que le mari ne peut autoriser sa femme dans un contrat qui intervient entre elle et lui, *quum nemo possit auctor esse in rem suam.* La coutume, en permettant expressément le don mutuel entre mari et femme, pour lequel, dit-on, le mari ne peut autoriser sa femme, dispense tacitement cet acte de l'autorisation.

Cette seconde raison n'est pas bonne. Si un tuteur ne peut pas être *auctor in rem suam*, c'est que l'autorité du tuteur étant requise pour veiller à l'intérêt du mineur, un tuteur n'est pas propre à autoriser son mineur, pour des contrats dans lesquels le tuteur a un intérêt contraire à celui du mineur; ce qui ne reçoit aucune application à l'autorisation du mari, qui n'intervient pas pour veiller aux intérêts de la femme, qui est capable d'y veiller elle-même, mais pour habiliter sa femme à contracter: or, il peut également l'habiliter pour un contrat qui intervient entre lui et sa femme, comme pour des contrats que sa femme fait avec des tiers. C'est pourquoi, nonobstant l'avis de ces auteurs, il est plus sûr que le mari autorise sa femme dans les contrats qui interviennent entre lui et elle. Auzanet rapporte un arrêt du 28 août 1635, qui a déclaré nul, contre le mari, un don mutuel, faute d'autorisation de la femme.

43. De droit commun, la femme n'a besoin d'autorisation que pour les actes entre vifs ; elle n'en a pas besoin pour des dispositions testamentaires. C'est ce qui résulte de ces termes de la coutume, *ne peut contracter* ENTRE VIFS; lesquels restreignent formellement la nécessité de l'autorisation aux actes ENTRE VIFS : d'où il suit qu'elle n'est point requise pour les dispositions testamentaires. La raison est, 1° qu'il est de la nature de ces dispositions, d'être l'ouvrage de la volonté seule du testateur, sans que celle d'aucune autre personne y doive influer; 2° que les testaments étant la dernière volonté dans laquelle meurt le testateur, ils n'ont leur *être* qu'au temps de la mort du testateur, temps auquel cesse la puissance que le mari avoit sur la personne de sa femme, et auquel doit par conséquent cesser la nécessité de l'autorisation.

44. Il y a néanmoins quelques coutumes qui assujettissent la femme mariée à l'autorisation, même pour ses dispositions testamentaires : telles sont celles du Nivernois, Bourbonnois, Bourgogne, Normandie, etc.

La disposition de ces coutumes ayant pour objet de régler l'état de la personne mariée, et l'étendue de la dépendance en laquelle elle est de son mari, doit être regardée comme un statut personnel; et elle ne peut, en conséquence, suivant la nature des statuts personnels, exercer son empire que sur les personnes qui y sont sujettes, par le domicile qu'elles ont dans son ressort. C'est pourquoi une femme mariée, qui a son domicile sous une coutume qui n'exige pas l'autorisation, peut, sans autorisation, disposer par testament de tous ses biens, même de ceux situés sous les coutumes qui l'exigent.

*Vice versâ*, une femme mariée, domiciliée sous une coutume qui exige l'autorisation du mari, pour le testament des femmes mariées, ne peut, sans cette autorisation, disposer par testament, même de ceux de ses biens qui sont situés sous des coutumes qui ne l'exigent pas, suivant la nature des statuts personnels, qui exercent leur empire sur les personnes qui y sont sujettes, par rapport à tous leurs biens, quelque part qu'ils soient situés.

45. Si une femme domiciliée sous une coutume qui requiert l'autorisation du mari, pour les testaments des femmes mariées, a fait son testament sans autorisation, le

vice en seroit-il purgé par la translation de domicile des conjoints, sous une coutume qui ne demande pas l'autorisation? La raison de douter est, que le testament ne recevant sa perfection qu'au temps de la mort du testateur, il semble que pour que le testament de cette femme soit valable, il suffit qu'elle ait été, au temps de sa mort, capable de le faire, sans l'autorisation de son mari. La loi 1, §. 8, *de bon. posses. sec. tab.*, décide, au contraire, que pour qu'un testament soit valable, il faut que le testateur ait eu la capacité de tester, aussi bien au temps de la confection du testament, qu'au temps de sa mort : *Exigit prætor ut is cujus bonorum possessio (secundùm tabulas) datur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, et quo testamentum fecit, et quò moritur.* La raison est, que le principe, que les testaments reçoivent leur perfection, lors de la mort du testateur, suppose qu'il y a un testament qui a précédé la mort, auquel la mort donne la perfection qui lui manquoit; savoir, l'irrévocabilité, et la force de donner un droit aux personnes au profit de qui les dispositions sont faites : mais la mort du testateur ne peut donner cette perfection à un acte nul, par l'incapacité en laquelle étoit de le faire la personne qui l'a fait; un acte nul ne pouvant être perfectionné, le néant n'étant pas susceptible de perfection. La femme, dans cette espèce, ayant donc été incapable de faire le testament qu'elle a fait, faute de l'autorisation qu'exigeoit la loi à laquelle elle étoit alors sujette, sa mort ne peut le confirmer.

46. Lorsque la femme mariée a fait son testament sans autorisation, dans un temps auquel elle n'en avoit pas besoin, étant alors domiciliée sous une coutume qui ne l'exige pas, sera-t-il valable, si, au temps de sa mort, elle se trouve domiciliée sous une coutume qui l'exige ?

Il semble qu'il ne le peut être; car la loi ci-dessus rapportée exige, dans le testateur, la capacité de tester au temps de sa mort. La raison est, que les testaments étant les dernières volontés dans lesquelles meurt le testateur, et ne recevant par conséquent leur perfection qu'au temps de la mort du testateur, il est nécessaire, pour qu'un testament soit valable, que le testateur soit, lors de sa mort, capable de tester. Or, dit-on, cette femme qui se trouve, lors de sa mort, sujette à une coutume qui demande l'autorisation du mari, pour les testaments des femmes mariées, n'ayant point

été autorisée pour faire le sien, se trouve, lors de sa mort, incapable de tester; ces coutumes ne réputant les femmes capables de tester, que lorsqu'elles sont habilitées et autorisées par leurs maris.

Contre le principe, que pour qu'un testament soit valable, il faut que le testateur ait eu, lors de sa mort, la capacité de tester, on opposera peut-être ce qui est dit en la loi 20, §. 4, ff. *qui testam.*, qui décide que le testament d'un fou, qu'il a fait avant qu'il fût devenu fou, est valable : d'où on conclut qu'il n'est pas nécessaire, pour qu'un testament soit valable, que le testateur ait été, au temps de sa mort, capable de tester, puisque le testament d'un homme qui meurt fou, est valable, quoiqu'un fou soit incapable de tester.

La réponse est, qu'on doit faire une grande différence entre un empêchement de fait à la confection du testament, et une incapacité de droit de tester, qui résulte de l'état de la personne. La folie ne forme qu'un empêchement de fait. Un père de famille fou a, par son état de père de famille, le droit et la capacité de tester. La folie n'est qu'un empêchement de fait qui l'empêche de pouvoir user de son droit : cet empêchement, de même que tous les autres empêchements de fait à la confection d'un testament, ne sont d'aucune considération hors le temps de cette confection. Mais l'empêchement de tester, en lequel est, dans ces coutumes, une femme mariée qui n'est pas autorisée de son mari, est une incapacité de droit, qui résulte de son état de femme sous puissance de mari, qui la rend inhabile, si elle n'est habilitée et rendue capable par l'autorisation de son mari. Cette capacité de droit doit se trouver dans la personne de la testatrice, au temps de sa mort; le testament qui ne reçoit sa perfection qu'au temps de la mort, ne pouvant pas la recevoir dans un temps auquel la testatrice seroit incapable de tester.

On répond mieux en convenant du principe, que pour qu'un testament soit valable, le testateur doit avoir la capacité, c'est-à-dire, le droit de tester; mais en soutenant que, dans l'espèce proposée, la femme avoit, lors de sa mort, le droit de tester. Il est vrai que la coutume à laquelle elle étoit sujette lors de sa mort, appose au droit de tester qu'ont les femmes mariées, la condition de se faire autoriser de leurs maris, pour faire leur testament; parce que ces coutumes ne leur permettent pas de rien faire, pas même un tes-

tament, sans l'autorisation de leurs maris : mais cette condition, qui concerne plutôt la confection du testament, que le droit de disposer par testament, ne doit être requise et ne doit être considérée que lors de la confection du testament. La femme, dans notre espèce, n'ayant pas été, lors de la confection de son testament, sujette à une coutume qui demandât l'autorisation du mari, il a été fait valablement, et rien n'empêche qu'il ne puisse être confirmé par la mort de cette femme, qui a, lors de sa mort, le droit de tester. Un testament qui a été fait valablement, lors de sa confection, est confirmé par la mort du testateur, sans qu'il soit besoin qu'il intervienne pour cela aucun fait confirmatif de la part du testateur : il suffit qu'il ne soit pas intervenu aucun fait contraire, c'est-à-dire, qu'il ne l'ait pas révoqué. Or, l'autorisation du mari n'est requise que pour ce que *fait* la femme; il n'est donc pas besoin d'autorisation pour que la mort de la femme, dans notre espèce, confirme le testament.

C'est une question entièrement semblable à la précédente, si, dans les coutumes qui demandent l'autorisation du mari pour les testaments des femmes mariées, le testament qu'une fille a fait avant son mariage, a besoin d'être confirmé par un acte fait avec l'autorisation de son mari.

47. Dans les coutumes qui demandent l'autorisation du mari, pour le testament des femmes mariées, une femme qui a fait un testament avec l'autorisation de son mari, a-t-elle besoin de son autorisation pour le révoquer? Je ne la crois pas nécessaire. Il est de l'essence des dispositions testamentaires qu'elles soient la dernière volonté dans laquelle meurt le testateur : il suffit donc qu'il paroisse, de quelque manière que ce soit, que cette femme a changé de volonté à l'égard de ses dispositions testamentaires, pour qu'elles ne puissent être valables. Or l'acte par lequel elle les a révoquées fait suffisamment connoître son changement de volonté, quoiqu'elle ne se soit pas fait autoriser pour le faire.

C'est mal-à-propos que Guy-Pape oppose la règle de droit, *Quæque dissolvuntur eodem modo quo colligata sunt.* Cette règle, qui suppose un lien déjà formé, ne peut recevoir d'application aux dispositions testamentaires, qui ne peuvent avoir aucun effet jusqu'à ce qu'elles aient été confirmées par la mort du testateur qui meurt dans la même volonté.

En vain aussi opposeroit-on que *prius testamentum non rumpitur, nisi per posterius æquè perfectum* : car c'étoit une subtilité du droit romain ; et, quoique le testament ne fût pas rompu, quant à la subtilité du droit, ceux au profit de qui les dispositions qu'il contenoit, étoient faites, ne pouvoient en profiter contre la volonté du testateur : *His velut indignis auferebatur sive hereditas, sive legatum;* l. 12, ff. *de his quæ ut indig.* l. 4, *cod. d. tit.* Ajoutez que dans nos coutumes nos testaments ne sont que ce qu'étoient les codicilles d'un intestat, qui se révoquoient *nudâ voluntate.*

48. Ce qui a été dit des testaments, ne doit pas être étendu aux contrats dont l'exécution est différée après la mort de la femme : l'autorisation du mari est nécessaire à la femme pour ces contrats, même dans les coutumes qui ne la demandent pas pour les testaments.

La raison est, que les testaments n'ont aucun effet qu'au temps de la mort de la femme, temps auquel cesse la puissance du mari ; au lieu que les contrats, quoique leur exécution soit différée après la mort de la femme, ont néanmoins leur effet du jour de leur confection. C'est de ce jour qu'ils produisent les engagements qui en naissent : la femme n'étant pas alors capable de contracter aucuns engagements sans l'autorisation de son mari, elle ne peut, sans cette autorisation, faire valablement ces contrats.

49. La femme mariée n'a besoin d'autorisation que pour les actes qu'elle fait en son nom : lorsqu'elle contracte comme fondée de procuration, soit de son mari, soit de quelque autre personne que ce soit, il n'est pas besoin d'autorisation : car ce n'est pas elle, en ce cas, qui contracte ; c'est celui qui lui a donné procuration, qui contracte par son ministère.

Par la même raison, lorsqu'une femme mariée arrête les parties des marchands et artisans, pour les fournitures faites pour le ménage, ces arrêtés qu'elle fait, par le consentement tacite de son mari, qui est dans l'usage de la charger de ce soin, n'ont pas besoin de l'autorisation du mari pour être valables ; car ce n'est pas la femme qui est censée faire en son nom ces arrêtés, c'est le mari qui est censé les faire par le ministère de sa femme.

§. II. Pour quelles obligations la femme mariée a-t-elle besoin de l'autorisation de son mari.

50. La coutume de Paris dit en termes généraux, en l'article 234 : « Une femme mariée ne se peut obliger sans le » consentement de son mari, si elle n'est séparée, ou mar» chande publique. »

Quelque généraux que soient ces termes, ils sont néanmoins susceptibles des distinctions que nous allons rapporter.

Cette maxime, que la femme mariée ne peut s'obliger sans le consentement et l'autorité de son mari, n'est qu'une conséquence du principe rapporté ci-dessus, *n.* 2, qu'une femme mariée ne peut rien faire de valable, et qui ait quelque effet civil, si elle n'est habilitée et autorisée par son mari pour le faire. C'est pourquoi la maxime doit être restreinte aux obligations qui naîtroient de quelque fait de la femme, pour lequel elle n'auroit pas été autorisée.

Par exemple, une femme mariée n'est pas capable des obligations qui naissent de quelque contrat (1) que ce soit, ni de celles qui naissent d'une acceptation de succession, ou d'une gestion d'affaires d'autrui, ou d'affaires communes, si elle n'a été autorisée pour faire ces contrats, ou pour cette acceptation de succession, ou pour cette gestion, ne pouvant, sans autorisation, faire valablement aucune de ces choses.

Mais, à l'égard des obligations que nous contractons sans aucun fait de notre part, la femme est capable de ces obligations, comme toute autre personne, sans le consentement de son mari.

Telles sont, 1° les obligations que nous contractons, *ex quasi contractu*, par le fait d'un autre, sans aucun fait de notre part. Par exemple, si pendant l'absence du mari et de la femme, une personne a fait faire des réparations urgentes à une maison du propre de la femme, la femme est obligée envers cette personne, *ex quasi contractu negotiorum gestorum*, sans qu'il soit besoin qu'il intervienne aucun consentement de son mari; car, c'est le fait de ce *negotiorum gestor*, qui produit cette obligation, sans aucun fait de la femme.

---

(1) Sauf aux cas d'exception ci-dessus.

Telles sont, 2° les obligations que la loi seule ou l'équité seule produit : la femme mariée est, comme toute autre personne, capable de ces obligations, sans que le consentement de son mari soit nécessaire.

51. De là suit la décision de la question suivante. J'ai prêté à une femme mariée une somme de mille écus, sans qu'elle ait été autorisée à l'emprunter; mais elle en a profité, étant justifié qu'elle l'a employée en entier à l'acquittement de ses dettes. Pourrai-je exiger cette somme? La réponse est, qu'elle n'a pu, à la vérité, contracter l'obligation de me rendre cette somme, qui naît du contrat de prêt; car, n'ayant pu valablement faire ce contrat, sans être autorisée, elle est incapable de l'obligation qui naît de ce contrat : mais si elle n'est pas capable de cette obligation qui naît du contrat de prêt, elle est capable de celle que forme en elle la loi naturelle seule, et indépendamment d'aucun contrat. Cette loi ne permet pas qu'on puisse s'enrichir aux dépens d'un autre; *neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari*; l. 206, ff. *de reg. jur.*; et elle oblige, en conséquence, cette femme à me rendre la somme qu'elle a reçue de moi, et qui lui a servi à acquitter ses dettes; sans quoi elle s'enrichiroit à mes dépens; ce que la loi naturelle ne permet pas.

52. La femme mariée contracte aussi, sans le consentement de son mari, les obligations qui naissent de ses délits et quasi-délits : mais comme le mari, qui, pendant tout le temps que dure la communauté, a droit de jouir de tous les revenus des biens de la femme, ne doit pas souffrir des délits de sa femme, lorsqu'il n'y a pas eu de part, et qu'il n'a pu les empêcher, ceux auxquels la femme a fait tort, et qui ont obtenu contre elle des condamnations pécuniaires, ne peuvent s'en faire payer sur les revenus des biens de la femme, tant que la communauté durera, lesdits revenus appartenant au mari pendant ledit temps.

53. Quoique le dol qu'une femme commet en contractant, soit une espèce de délit, néanmoins il n'oblige point la femme qui a contracté sans autorisation; celui qui en souffre, devant s'imputer d'avoir contracté avec elle.

54. Lorsque la femme a trompé celui avec qui elle a contracté, en prenant la qualité de fille majeure, ou de veuve, s'oblige-t-elle, en ce cas, envers celui avec qui elle a contracté? Il faut distinguer. Si celui qui a contracté avec cette

femme, a pu s'informer de l'état et de la condition de cette femme, la femme, en ce cas, ne sera pas obligée envers lui : il devoit s'informer de l'état de cette femme : *Qui cum aliquo contrahit, debet esse gnarus conditionis ejus cum quo contrahit.* Autrement il y auroit une voie ouverte d'éluder la loi qui ne permet pas aux femmes mariées de contracter sans autorisation ; on leur feroit prendre la qualité de filles majeures, ou de veuves.

Mais lorsqu'une femme qui n'étoit point avec son mari, dont on ignoroit le mariage dans le lieu de sa demeure, et qui passoit dans le public pour fille, contracte dans ce lieu, elle s'oblige envers ceux avec qui elle contracte. Comme il n'étoit guère possible, en ce cas, aux personnes qui ont contracté avec cette femme, de s'informer si elle étoit mariée, on ne peut leur imputer de ne l'avoit pas fait. On peut appliquer à ce cas la loi *Barbarius Philippus*, ff. *de off. præt.*

### §. III. Du besoin qu'a la femme de l'assistance de son mari, pour ester en jugement.

55. La femme mariée, étant sous la puissance de son mari, ne peut ordinairement ester en jugement, sans l'assistance de son mari; ce n'est que par cette assistance qu'elle a *legitimam standi in judicio personam.*

La coutume de Paris, *art.* 224, en a une disposition : il y est dit : « Femme ne peut ester en jugement, sans le consentement de son mari, si elle n'est autorisée, ou séparée par » justice, et ladite séparation exécutée. »

La même disposition se trouve dans la plupart des coutumes, et elle est un droit commun pour tout le pays coutumier.

C'est pourquoi, quoique les actions qui concernent la propriété des biens immeubles de la femme, appartiennent à la femme, et que le mari ne puisse les intenter sans sa femme, ni y défendre sans elle, la femme ne peut pas non plus intenter lesdites actions sans son mari, ni y défendre sans lui.

Lors donc qu'une femme mariée intente une demande, l'exploit d'assignation doit être donné à la requête du mari et de la femme. Si la demande étoit donnée à la requête de la femme seule, elle seroit nulle, aussi bien que toute la

procédure qui auroit été faite, et la sentence qui auroit été rendue sur cette demande.

Pareillement, lorsque quelqu'un intente une action contre une femme mariée, il doit donner la demande contre le mari et la femme : la demande qui seroit donnée contre la femme, seroit nulle, aussi bien que toute la procédure et la sentence.

56. Ce principe, qu'une femme mariée ne peut ester en jugement, sans son mari, a lieu, même à l'égard des instances commencées avant son mariage. C'est pourquoi, si pendant le cours d'une instance sur une demande qu'une fille a donnée contre quelqu'un, ou qu'on a donnée contre elle, cette fille se marie, on ne peut plus, depuis son mariage, procéder valablement, ni de part ni d'autre, jusqu'à ce que l'instance ait été reprise par son mari; ou que, sur le refus de reprendre l'instance, elle ait été autorisée par justice à continuer de la poursuivre, ou d'y défendre.

57. Ce principe souffre quelques exceptions. L'article 224, ci-dessus rapporté, *n.* 55, en rapporte deux.

La première résulte de ces termes, *si elle n'est autorisée.*

Une femme ne devant pas être exposée à perdre des droits qui lui appartiennent, par le caprice de son mari qui refuseroit mal-à-propos de l'autoriser sur la demande qu'elle veut donner pour les poursuivre en justice, la coutume lui permet de se faire autoriser par le juge, pour donner la demande. L'autorisation du juge supplée, en ce cas, à celle du mari, et elle habilite la femme à ester en jugement sur cette demande, sans le consentement de son mari.

58. La femme, pour avoir cette autorisation, doit faire apparoir au juge du refus de son mari, sur la sommation qu'elle lui a faite.

Il n'est pas nécessaire qu'elle prouve la justice de la demande qu'elle veut intenter, pour que le juge doive autoriser la femme à l'intenter : il faut néanmoins qu'elle ait quelque apparence de fondement. C'est pourquoi la coutume de Sedan, *tit.* 4, *art.* 96, après avoir dit que la femme ne peut pas ester en jugement, sans son mari, ajoute, *n'étoit que pour son profit et cause raisonnable, elle fût autorisée par justice.*

Ce qui est dit par la coutume de Bourbonnois, que la femme doit être autorisée par le juge, *au refus du mari sans cause légitime;* par celle de Péronne, *au cas qu'il fût refusant*

*sans cause raisonnable*, fait aussi connoître que cette autorisation ne doit être accordée par le juge qu'avec quelque connoissance de cause.

59. Pareillement, lorsque le mari, assigné avec sa femme pour défendre à une demande intentée contre sa femme, déclare qu'il ne veut pas y défendre, la partie peut demander que la femme soit autorisée par le juge pour y défendre.

60. Cette autorisation du juge, accordée à la femme, soit pour intenter des actions, soit pour y défendre, ne préjudicie point au mari, lequel n'est point tenu sur les revenus des biens de sa femme, dont il a droit de jouir, des condamnations qui interviendroient contre sa femme dans ces instances, ni des frais, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce que sa communauté en auroit profité.

61. La coutume de Paris, en l'article ci-dessus rapporté, fait une seconde exception à l'égard des femmes, par ces termes, *ou séparées par justice, et ladite séparation exécutée.*

Ce pouvoir que la coutume donne aux femmes séparées, d'ester en jugement, sans l'assistance de leurs maris, étant une suite du pouvoir que la séparation leur donne d'administrer leurs biens, sans avoir besoin pour cela de leurs maris, il est évident que cette exception pour les femmes séparées, ne doit s'entendre que des actions qui concernent l'administration de leurs biens, qu'elles peuvent intenter, et auxquelles elles peuvent défendre sans leurs maris.

A l'égard de celles qui concernent la propriété de leurs immeubles, les femmes, quoique séparées, ne peuvent les intenter ni y défendre, sans l'assistance de leur mari, ou l'autorisation du juge.

La coutume veut que la séparation soit exécutée : car, comme nous l'avons déjà vu *suprà, n.* 18, les sentences de séparation qui n'ont pas été mises à exécution, sont regardées comme non avenues, et n'ont aucun effet.

La coutume dit, *séparées par justice* : elle entend par ces termes, qu'une séparation qui se fait par une simple convention, intervenue entre les conjoints, durant le mariage, ne donneroit pas de même le pouvoir à la femme d'ester en jugement, sans son mari, ces conventions étant nulles, et ne pouvant produire aucun effet. C'est en ce sens que sont entendus ces termes, *par justice*, dans l'acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 8 mai 1703. Mais la coutume n'entend

pas par ces termes, *par justice*, restreindre au seul cas des séparations *judiciaires*, le pouvoir qu'elle donne aux femmes séparées, et ne pas l'accorder dans le cas des séparations contractuelles, portées par le contrat de mariage. Il y a même raison dans l'un et dans l'autre cas; la séparation contractuelle, qui est une loi irréformable du contrat de mariage, paroît même quelque chose de plus fort que la judiciaire.

62. Quelques coutumes ajoutent une troisième exception, à l'égard des femmes marchandes publiques, auxquelles elles donnent le pouvoir d'intenter, sans leur mari et sans autorisation, les demandes relatives à leur commerce, et d'y défendre : telles sont celles de Dourdan, *tit.* 6, *art.* 80; de Mantes, *art.* 125.

Les marchandes publiques ont-elles ce pouvoir dans la coutume de Paris, et dans celles qui ne s'en sont pas expliquées? Je ne le crois pas. Si la coutume de Paris eût voulu donner ce pouvoir aux femmes marchandes publiques, elle les auroit comprises, avec les femmes séparées, dans l'exception de l'*art.* 224; comme elle les a comprises, avec les femmes séparées, dans l'exception de l'*art.* 234.

La séparation donne à la femme le pouvoir d'administrer ses biens, et d'en jouir pour son compte particulier; c'est une suite de ce pouvoir que la femme puisse donner les demandes qui concernent cette jouissance, et y défendre, sans le consentement de son mari, qui n'y a aucun intérêt. Au contraire, la femme marchande publique exerce son commerce pour le compte de la communauté. Si le mari, en lui permettant de faire un commerce, est censé lui permettre de faire, sans le consulter, tous les contrats relatifs à ce commerce, ce n'est pas une conséquence qu'il doive être censé lui avoir permis pareillement d'intenter et de soutenir, sans son consentement, des procès, quoique relatifs à ce commerce.

63. Le principe que la femme ne peut ester en jugement, sans son mari, souffre une quatrième exception à l'égard des accusations criminelles : une femme mariée, contre qui on a intenté une accusation criminelle, peut ester en jugement pour y défendre, sans l'assistance de son mari, de même qu'un mineur, sans l'assistance de son tuteur.

64. Mais lorsqu'une femme veut intenter une accusation criminelle contre quelqu'un, elle doit être autorisée ou par

son mari, ou par justice. Cette distinction entre le cas auquel la femme est poursuivie pour injure qu'elle a faite à quelqu'un, et le cas auquel elle poursuit celle qui lui a été faite, a été observée par la coutume de Poitou, *tit.* 3, *art.* 126.

65. Notre coutume d'Orléans, *art.* 200, permet aux femmes d'ester en jugement, sans leur mari, tant en demandant qu'en défendant, pour les actions qui naissent des délits. Elle dit : « Femme mariée peut intenter et poursuivre en jugement, » sans son mari, l'injure dite ou faite à elle ; et aussi peut » être convenue pour l'injure qu'elle auroit faite ou dite à » aucun. »

Ces termes, *l'injure dite ou faite à elle*, comprennent tous les délits, de quelque espèce qu'ils soient, commis envers la femme. La coutume, l'autorise *à en poursuivre la réparation* sans son mari ; ce qui doit s'entendre, soit par plainte, soit par action civile : car ce terme, *poursuivre*, est général, et comprend l'une et l'autre voie.

Pareillement ces termes, *peut être convenue pour l'injure, etc.* comprennent, tant la demande au civil, que la plainte, et s'entendent de tous les délits commis par la femme contre quelqu'un.

66. La coutume ajoute : « Toutefois si ladite femme est » condamnée, le mari et les biens que lui et sadite femme ont » et possèdent, constant leur mariage, n'en sont tenus durant » la communauté de biens. »

La sentence de condamnation obtenue contre la femme seule, donne bien un droit d'hypothèque sur les biens de la femme, à ceux qui l'ont obtenue ; mais elle ne peut préjudicier au droit qu'a le mari de jouir des biens de sa femme, pendant tout le temps que doit durer la communauté, dans laquelle lesdits revenus doivent tomber.

## SECTION IV.

### Comment et quand doit s'interposer l'autorisation du mari.

Il faut à cet égard distinguer entre les actes extrajudiciaires et les actes judiciaires. Nous verrons, dans un premier paragraphe, comment doit s'interposer l'autorisation du mari dans les actes extrajudiciaires : dans un second, quand elle doit être interposée : dans un troisième, nous traiterons de la forme de l'autorisation pour les actes judiciaires.

§. I. Comment l'autorisation du mari doit-elle s'interposer dans les actes extrajudiciaires.

67. Il faut, à cet égard, distinguer entre les actes de simple administration, et ceux qui passent les bornes d'une simple administration, qui ont pour objet la propriété des biens immeubles de la femme, qui tendent à en disposer, à les aliéner, et à les charger d'hypothèques. Une autorisation générale portée par une procuration du mari, par laquelle il autorise sa femme à administrer ses biens, suffit pour tous les actes et contrats que fait la femme, qui ne passent pas les bornes de cette administration : il suffit, pour ces actes, que la femme s'y dise autorisée par la procuration d'un tel jour, laquelle contient cette autorisation. La femme n'a pas besoin en tout d'autorisation pour ces actes, lorsqu'elle est séparée.

A l'égard des autres actes et contrats, l'autorisation du mari doit être expresse et spéciale pour le contrat qui se passe; les autorisations générales portées, soit par une procuration, soit même par un contrat de mariage, par lequel un mari autorise sa femme à disposer comme bon lui semblera de ses immeubles, à les aliéner et à les hypothéquer, sont regardées comme nulles et de nul effet, étant contraires aux lois, en ce qu'elles tendent à mettre les femmes hors de la dépendance en laquelle les lois veulent que les femmes soient de leurs maris.

Cette jurisprudence nous est attestée par un acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 22 février 1695; il y est dit : « Nous attestons que l'*art.* 223 de la coutume de Paris, s'observe exactement et à la lettre, sans aucune restriction, de » manière que toute femme mariée ne peut vendre, aliéner, » ni hypothéquer ses immeubles, sans l'autorisation *expresse* » de son mari; que tous les actes faits sans une autorisation » expresse, sont nuls, et que par conséquent *toutes les autorisations* générales, par des procurations, par contrat de mariage ou autres actes, ne peut jamais suppléer ce que la » coutume demande, etc. »

La même chose est répétée plus bas. Il y est dit, que la procuration générale, de même que la stipulation, faite par un contrat de mariage, pour donner la liberté à une femme de disposer, ne peut s'étendre qu'à la jouissance.

La même chose est attestée par les actes de notoriété des 12 novembre 1699, et 23 février 1708, qui disent qu'il faut que l'autorisation soit spéciale, *mise* in ipso actu, *ou par une procuration faite spécialement pour l'acte qui se passe.*

68. Pour que le mari soit censé avoir autorisé sa femme, il ne suffit pas qu'il ait déclaré, par le contrat, qu'il y donnoit son consentement, et qu'il l'approuvoit : car, comme nous l'avons déjà vu *suprà, n.* 3, l'autorisation est quelque chose de plus qu'un consentement : c'est un acte par lequel il habilite sa femme à faire le contrat. Il est donc absolument nécessaire qu'il déclare qu'il autorise sa femme. Ce terme est comme sacramentel, et je ne vois que celui d'*habiliter*, qui puisse paroître équipollent.

Sans cela, le consentement formel donné par le mari au contrat de sa femme, n'empêcheroit pas le contrat d'être absolument nul, faute d'autorisation.

69. Il faut dire la même chose, à plus forte raison, du consentement tacite : c'est pourquoi, quoique le mari ait souscrit au contrat de la femme, s'il n'a pas dit expressément qu'il autorisoit sa femme, le contrat sera nul.

Pareillement, quoique le mari ait été conjointement avec sa femme, partie au contrat, et se soit obligé conjointement avec elle, s'il n'est pas dit qu'il a autorisé sa femme, le contrat ne sera valable qu'à l'égard du mari ; il sera nul à l'égard de la femme. Lebrun, *sect.* 4, *n.* 15, cite plusieurs arrêts qui l'ont ainsi jugé.

Si le mari ne s'étoit obligé par ce contrat, que comme caution de sa femme, le contrat seroit nul, non-seulement par rapport à la femme, par le défaut d'autorisation ; mais il le seroit encore, en ce cas, par rapport au mari ; un cautionnement étant nul, lorsque l'obligation principale est nulle, comme nous l'avons vu en notre traité des obligations, *n.* 366.

70. C'est encore une conséquence de notre principe, que lorsque le mari a prêté son ministère à sa femme pour contracter, *putà*, lorsqu'il a vendu un héritage de sa femme, en vertu de la procuration qu'elle lui avoit envoyée pour le vendre, le contrat ne laisse pas d'être nul, si le mari n'y a pas expressément déclaré qu'il autorisoit sa femme pour ce contrat.

Lebrun, *sect.* 4, *n.* 23, observe qu'il faut que le mari déclare qu'il autorise sa femme, non-seulement pour le pré-

sent contrat, mais aussi pour la procuration qu'elle lui a donnée pour le faire en son nom; autrement la procuration étant nulle, faute d'autorisation, le contrat fait en vertu de cette procuration, ne pourroit se soutenir.

§. II. Quand l'autorisation du mari doit-elle être interposée.

71. Nous ne sommes pas si rigoureux à l'égard de l'autorisation du mari, dont la femme a besoin, que l'étoient les Romains à l'égard de celle du tuteur, dont le pupille avoit besoin pour contracter : celle-ci ne pouvoit être utilement interposée que lors de la passation de l'acte par le tuteur en personne : *Tutor, in ipso negotio præsens, debet author fieri. Instit. tit. de auth. tut.* §. 2.

Au contraire, il n'est pas précisément nécessaire que l'autorisation du mari, dont la femme a besoin pour contracter, soit interposée précisément lors de la passation du contrat pour lequel on en a besoin; il n'est pas nécessaire non plus que le mari soit présent à ce contrat; le mari peut valablement autoriser sa femme, par un acte qui précède celui pour lequel il l'autorise, et il n'importe quel intervalle de temps il y ait entre l'acte d'autorisation, et le contrat pour lequel la femme a été autorisée.

Il est à propos, en ce cas, d'annexer à la minute du contrat, l'acte de procuration par lequel le mari a déclaré qu'il autorisoit sa femme pour le faire; autrement, si par la suite on attaquoit le contrat, et qu'on ne pût rapporter cette procuration, on ne pourroit établir la validité du contrat : l'énonciation faite par le contrat, que la femme est autorisée par acte d'un tel jour, passé devant tel notaire, et qu'elle l'a représenté, ne suffiroit pas pour établir la validité du contrat, l'acte d'autorisation n'étant pas rapporté.

72. Observez que quoiqu'il ne soit pas nécessaire que l'acte d'autorisation du mari soit interposé précisément lors de la passation du contrat, il est néanmoins nécessaire qu'il soit fait mention, dans le contrat, de l'autorisation, et que la femme, par le contrat, se dise autorisée, et contracte avec la qualité de femme autorisée.

Sans cela, le contrat sera nul, quoique la femme ait été autorisée pour le faire; car, en ne faisant pas usage de l'autorisation de son mari, en contractant comme une

femme libre, sans se dire autorisée, c'est la même chose que si elle ne l'avoit pas été.

73. Lorsque j'ai donné procuration à ma femme, par laquelle je l'ai autorisée pour faire en son nom un certain contrat, suffit-il, pour que le contrat soit valable, qu'elle y ait fait mention de la procuration qui renferme l'autorisation; *putà*, qu'il y soit dit, que suivant la procuration de son mari, d'un tel jour, passée devant tel notaire, elle a vendu, etc.? Lebrun, *liv.* 2, *chap.* 1, *sect.* 4, *n.* 19, décide que cela ne suffit pas, et que le contrat est nul, s'il n'y est pas dit expressément que la femme est autorisée de son mari, par ladite procuration. Suivant ce principe, le même auteur, *n.* 18, décide que lorsqu'un mari a promis, dans un contrat, de le faire ratifier par sa femme, et déclaré qu'il l'autorisoit pour ladite ratification, l'acte de ratification que la femme feroit de cet acte, seroit nul, si la femme ne déclaroit pas expressément qu'elle est autorisée de son mari.

74. L'autorisation du mari peut bien être interposée avant le contrat pour lequel il autorise sa femme, pourvu que la femme, par le contrat, se dise autorisée; mais il ne suffiroit pas, pour que le contrat de la femme fût valable, que l'autorisation du mari fût intervenue depuis le contrat, quoique la femme, dans le contrat, se fût dite d'avance autorisée de son mari, dans la confiance qu'elle avoit d'obtenir cette autorisation. Cet acte ayant été absolument nul, faute d'autorisation, n'a pu être confirmé par l'autorisation qui est survenue depuis; le néant ne pouvant pas être susceptible de confirmation. C'est pourquoi il sembleroit, à s'en tenir à la rigueur des principes, que l'autorisation qui interviendroit depuis, devroit être de nul effet.

Néanmoins Leprêtre, *cent.* 2, *ch.* 16, rapporte deux arrêts qui ont jugé que l'autorisation intervenue depuis l'acte, rétablissoit l'acte; et ces arrêts ont, en conséquence de l'autorisation intervenue depuis l'acte, condamné la femme à payer ce qu'elle s'étoit obligée de payer par l'acte, avant que d'être autorisée. Mais Leprêtre et Lebrun observent fort bien que ces arrêts n'ont pas jugé que l'autorisation interposée depuis l'acte, rendît l'acte valable du jour de sa confection, *ut ex tunc;* ce qui est absolument nul, ne pouvant être confirmé; mais qu'ils ont seulement jugé que l'acte devenoit valable *ut ex nunc*, du jour de l'autorisation,

*tanquam ex consensu contrahentium, qui adhuc perseverare intelligitur, quandiù non apparet mutatio voluntatis.*

De là il suit, 1° que si, avant l'autorisation, l'une ou l'autre des parties étoit morte, ou avoit perdu l'usage de la raison, ou avoit déclaré un changement de volonté, l'autorisation du mari, qui seroit depuis interposée, ne pourroit plus rétablir l'acte.

2° Que l'acte rétabli par l'autorisation survenue depuis, ne peut produire d'hypothèque que du jour de l'autorisation, parce qu'il n'est valable que de ce jour.

### §. III. De la forme de l'autorisation du mari dans les actes judiciaires.

75. Il y a cette différence à l'égard de la forme de l'autorisation, entre les actes judiciaires et les actes extrajudiciaires, que dans ceux-ci, pour qu'une femme soit censée autorisée, il est nécessaire que le mari ait déclaré en termes formels, qu'il autorisoit sa femme pour un tel acte. Le terme d'*autoriser* est comme un terme sacramentel, qu'il faut nécessairement employer. La présence du mari au contrat ne tient pas lieu d'autorisation.

Au contraire, dans les actes judiciaires, il n'est pas nécessaire que le mari déclare qu'il autorise sa femme, pour intenter une telle demande, ou pour défendre à une telle demande qui a été intentée contre elle; il est censé suffisamment l'autoriser, lorsqu'il est en qualité dans l'instance conjointement avec elle. Il suffit, lorsque la femme a une demande à intenter, que l'exploit d'assignation soit donné à la requête du mari et de la femme : pareillement, pour que la femme soit censée suffisamment autorisée à une demande, il suffit que, sur l'assignation donnée à son mari et à elle, son mari et elle constituent conjointement procureur, et que le mari défende conjointement avec elle.

Une seconde différence est, qu'à l'égard des actes extrajudiciaires, il n'est pas précisément nécessaire que le mari soit en qualité dans le contrat; il peut l'autoriser par un acte qui précède le contrat pour lequel il l'autorise; et il suffit que la femme, par le contrat, se dise autorisée pour un tel acte. Au contraire, à l'égard des actes judiciaires, il est nécessaire que le mari, dans l'instance, soit en qualité de mari conjointement avec sa femme.

SECTION V.

Quel est l'effet tant de l'autorisation que du défaut de l'autorisation.

76. L'effet de l'autorisation du mari et de l'autorisation supplétive du juge, est de rendre la femme aussi capable de l'acte pour lequel elle est autorisée, qu'elle le seroit si elle n'étoit pas mariée. En conséquence, l'autorisation rend bien l'acte pour lequel elle est autorisée, aussi valable qu'il le seroit si elle n'étoit pas mariée; mais elle ne lui donne pas plus de force qu'il n'en auroit eue. C'est pourquoi, lorsqu'une femme mariée a souffert quelque lésion dans un contrat pour lequel elle a été autorisée, l'autorisation ne rend pas le contrat moins susceptible de rescision, pour cause de minorité, qu'il ne le seroit si cette femme eût fait ce contrat étant fille.

Pareillement, lorsqu'une femme mariée mineure a fait, avec l'autorisation de son mari, un acte dont les mineurs ne sont pas capables, *putà,* si elle a fait, avec l'autorisation de son mari, une aliénation volontaire de quelqu'un de ses héritages, cette aliénation, quoique faite avec l'autorisation du mari, n'est pas moins nulle que celle faite par une mineure non mariée.

77. L'autorisation, néanmoins, ne laisse pas d'avoir quelque effet, même en ce cas : car, lorsque la femme a été autorisée pour faire cette aliénation, la nullité du contrat par lequel elle a fait cette aliénation, n'est qu'une nullité relative qui n'a lieu qu'autant que la femme jugeroit que le contrat lui est désavantageux : au lieu que si cette femme avoit fait ce contrat sans être autorisée, la nullité du contrat seroit une nullité absolue. Voyez *suprà, n.* 5.

78. Ce qui a été dit jusqu'à présent sur l'effet de l'autorisation, convient tant à celle du juge qu'à celle du mari : mais ces deux autorisations diffèrent, en ce que celle du mari donne à la femme commune en biens, le pouvoir de charger des dettes qu'elle contracte par l'acte pour lequel elle est autorisée, la communauté, indéfiniment et au delà de ce que la communauté profite de l'acte; au lieu que l'autorisation du juge donne bien le pouvoir à la femme de s'obliger, et ses biens, par le contrat pour lequel elle est autorisée, mais sans que les biens de la communauté

puissent en souffrir aucun préjudice, et sans que la communauté puisse être tenue des obligations que la femme contracte par cet acte, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce qu'elle en profite.

A l'égard du défaut d'autorisation, l'effet est de rendre absolument nuls les actes de la femme mariée, dans lesquels l'autorisation du mari n'est point intervenue. *Voyez* ce qui en a été dit *suprà, n.* 5.

Nous avons traité, dans toute cette première partie, de l'autorisation dont la femme a besoin, qui est le principal effet de la puissance qu'a le mari sur la personne de sa femme.

79. Nous observerons ici un autre effet de cette puissance, qui est que la femme, par rapport à cette puissance que le mari a sur elle, est présumée avoir été empêchée pendant le temps que le mariage a duré, d'intenter les actions qu'elle avoit contre des tiers, lorsque ces actions pouvoient réfléchir contre son mari, par des recours de garantie qu'auroient pu exercer contre lui les personnes contre qui elle avoit ces actions : en conséquence de cette présomption, le temps de la prescription, par rapport à ces actions, ne court point contre la femme pendant le temps du mariage, suivant cet axiome de droit : *Contrà non valentem agere nulla currit præscriptio.*

Suivant ce principe, si le mari, durant le mariage, avoit vendu, comme à lui appartenant, un héritage propre de la femme, le temps de la prescription ne court point pendant que le mariage dure, contre l'action qu'a la femme pour le revendiquer; car cette action qu'elle a contre l'acheteur, devant réfléchir contre le mari, contre qui l'acheteur a un recours de garantie, elle est présumée avoir pu être empêchée par son mari, de l'intenter pendant que le mariage a duré.

80. A l'égard des actions de la femme qui ne réfléchissent pas contre le mari, la prescription court pendant le temps du mariage; la femme ne peut paroître avoir été empêchée de les intenter, son mari n'ayant eu aucun intérêt à l'en empêcher. La femme ne pouvoit, à la vérité, pendant ce temps, les intenter sans être autorisée; mais il étoit en son pouvoir de se faire autoriser pour les intenter, sinon par son mari, au moins par justice.

# SECONDE PARTIE.

## De la puissance du mari sur les biens de la femme.

Par le droit romain, la femme mariée avoit deux espèces de biens, les biens dotaux et les biens paraphernaux.

Elle transféroit à son mari la propriété de ses biens dotaux, à la charge de la restitution qui devoit lui en être faite lors de la dissolution du mariage. Le mari, durant le mariage, en étoit le véritable propriétaire, sauf qu'il ne lui étoit permis d'aliéner les biens fonds dont la dot étoit composée, qu'avec le consentement de la femme, ni de les obliger, même avec son consentement. Justinien, par la suite, avoit défendu de les aliéner et de les obliger, même avec le consentement de la femme.

La femme, durant le mariage, étoit donc plutôt créancière de la restitution de ses biens dotaux, qu'elle n'en étoit propriétaire : c'est en conséquence de cette créance, c'est par rapport à cette restitution, et en considération de cette restitution qui devoit lui être faite un jour de sa dot, que la dot est appelée quelquefois, dans les textes de droit, le bien et le patrimoine de la femme.

Les biens paraphernaux de la femme étoient ceux qui ne faisoient pas partie de sa dot; ils étoient ainsi appelés des mots grecs PARA PHERNÉ, qui signifient *extrà dotem*. Le mari n'avoit aucun droit dans lesdits biens; la femme en avoit la libre disposition.

Cette distinction des biens dotaux et des biens paraphernaux, est encore connue aujourd'hui dans les provinces régies par le droit écrit.

Nous nous bornerons à expliquer, sur cette matière, les principes de la coutume de Paris, qui sont semblables à ceux de la plupart des coutumes.

81. La distinction des biens en biens dotaux et biens

paraphernaux, n'y est pas connue; au contraire, on y tient pour maxime, que tous les biens de la femme sont réputés dotaux.

On distingue les biens de la femme en biens de communauté, et biens propres.

82. La puissance qu'a le mari, le rend maître absolu de tous les biens de la communauté, et lui donne le droit d'en disposer, même pour la part qu'y a sa femme, sans qu'elle puisse disposer elle-même, sans son mari, en aucune manière, de sa part, pendant que le mariage et la communauté durent. *Voyez notre traité de la communauté, part.* 1, *chap.* 3.

Les biens propres de la femme sont ceux qu'elle n'a pas mis en communauté. Il y en a deux espèces. Les biens propres de la première espèce, sont les biens propres de la femme, qui sont immeubles; ceux de la seconde espèce, sont les biens meubles de la femme, qu'elle a exclus de la communauté, par une clause de réalisation.

83. Ceux-ci ne diffèrent des biens mis en communauté, qu'en ce que la femme ou ses héritiers sont créanciers de la reprise du montant desdits biens contre la communauté. Au surplus, le mari n'a pas moins le droit de disposer à son gré desdits biens, que de ceux de la communauté; il peut seul, et sans sa femme, intenter en justice les actions pour raison desdits biens, et y défendre. La clause de réalisation ne laisse à la femme, comme nous venons de le dire, qu'une créance pour la reprise, et un privilége sur les effets qui se trouvent encore en nature en la possession du mari ou de sa succession, lors de la dissolution de la communauté, pour le paiement de la reprise qui en est due.

84. A l'égard des biens propres de la femme, de la première espèce, qui sont ses biens immeubles, la femme en conserve la propriété pendant le mariage : le mari ne peut les vendre ni les engager sans le consentement de sa femme; il ne peut, sans sa femme, les partager ni les liciter; il ne peut, sans elle, intenter les actions qui concernent la propriété desdits biens, ni y défendre sans elle.

85. Observez que quoique la femme conserve, pendant le mariage, le droit de propriété de ses héritages et autres immeubles, dont elle ne peut être privée *par le fait* de son mari, à quelque titre que son mari en eût disposé sans son consen-

tement, elle peut néanmoins en être privée par la négligence de son mari. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du premier juin 1596, rapporté par Louet, *let.* F, *art.* 15. Un mari ayant manqué pendant trois ans de payer la redevance bordelière dont étoit chargé l'héritage propre de sa femme, le seigneur prétendit la commise de cet héritage à son profit, suivant la coutume de Nivernois. La femme s'y opposoit, en disant que son mari n'avoit pu, par son fait, lui faire perdre la propriété de son héritage. Le seigneur répondoit qu'on doit distinguer entre *le fait* du mari, qui est quelque chose de positif, et la simple négligence du mari; que le fait du mari, pris au premier sens, ne pouvoit pas lui faire perdre son héritage; mais que la négligence du mari pouvoit le lui faire perdre. Par l'arrêt, la commise fut adjugée au seigneur,

Par la même raison, une femme peut, pendant le mariage, perdre la propriété d'une rente propre, par la négligence de son mari à s'en faire servir, et à la faire reconnoître par le débiteur, qui en sera libéré par l'accomplissement du temps de la prescription.

Dans tous ces cas et autres semblables, la femme perd son propre par la négligence de son mari, même dans le cas auquel le recours qu'elle a pour ses dommages et intérêts contre son mari, lui seroit inutile par l'insolvabilité de son mari.

86. La puissance maritale ne donne pas à la vérité au mari *jus dominii* sur les immeubles propres de sa femme, mais elle lui donne, par rapport auxdits biens, une espèce de droit de bail et de gouvernement, qui consiste principalement en trois choses.

87. La première chose en laquelle il consiste, est de donner au mari, pendant le mariage, tout ce qu'il y a d'honorifique attaché aux biens propres de sa femme.

En conséquence, le mari a le droit de prendre le titre des seigneuries dont la femme est propriétaire. Si, par exemple, la femme est propriétaire d'un marquisat, d'un comté, d'une baronnie, ou de quelque autre seigneurie, son mari a le droit de se dire et de se qualifier marquis, comte, baron, seigneur d'un tel lieu. Si le mari n'étoit pas de qualité à pouvoir prendre les titres de marquis, comte ou baron, il pourroit, en ce cas, se qualifier seulement de seigneur du marquisat, du comté ou de la baronnie d'un tel lieu.

Ce droit du mari lui donne aussi l'exercice de tous les

droits honorifiques attachés aux seigneuries de sa femme. Il peut en conséquence, même sans sa femme, sommer les vassaux des seigneuries de sa femme, de venir à la foi : il peut sans elle saisir féodalement leurs fiefs, faute de foi non faite; il peut sans elle leur accorder souffrance pour la faire; il peut sans elle les recevoir en foi. Il faut pourtant que dans ces actes de sommation, de saisie féodale, de souffrance et de réception en foi, il prenne la qualité de *mari d'une telle femme*, les vassaux des seigneuries de sa femme n'étant obligés de le reconnoître qu'en cette qualité.

88. Le mari est aussi chargé des devoirs féodaux dont sont chargés les fiefs de sa femme : il est, par rapport auxdits fiefs, l'homme du seigneur ; il lui en doit porter la foi, quand même sa femme l'auroit portée avant son mariage : il doit, en la portant, se qualifier de mari d'une telle. En portant la foi en cette qualité de mari d'une telle, il couvre le fief de sa femme, sans que sa femme soit obligée de la porter elle-même durant le mariage, quand même elle ne l'auroit pas portée auparavant.

C'est par cette raison que le mari devient, par le mariage, l'homme du seigneur, pour les fiefs de sa femme ; que dans beaucoup de coutumes le mariage donne ouverture au profit de rachat, pour les fiefs de la femme qui se marie.

89. Le mari ayant l'exercice de tous les droits honorifiques attachés aux seigneuries dont sa femme est propriétaire, s'il y a quelque droit de justice qui y soit attaché, l'institution et la destitution des officiers de la justice appartiennent au mari, sans qu'il ait besoin pour cela de consulter sa femme. Pareillement, s'il y a quelque droit de patronage attaché aux seigneuries de la femme, c'est au mari seul qu'appartient la présentation aux bénéfices.

Il doit aussi, en conséquence, jouir de tous les honneurs attachés auxdits droits de justice et de patronage, tels que sont à l'église ceux d'être mis aux prières nominales, de l'eau-bénite, de l'encens, etc. Les curés sont obligés de rendre lesdits honneurs tant au mari qu'à la femme.

90. La seconde chose en laquelle consiste le droit du mari, par rapport aux propres de sa femme, est celui qu'il a d'en percevoir tous les fruits et revenus pendant tout le temps que le mariage et la communauté durent. *Voyez*, sur ce droit, ce que nous en avons dit en notre traité de la communauté, *part.* 1, *chap.* 1, *sect.* 1, *art.* 3.

91. La troisième chose en laquelle consiste le droit du mari, par rapport aux biens de sa femme, est le droit qu'il a d'administrer les biens propres de sa femme.

Ce droit établit une différence entre les baux que le mari fait des héritages propres de sa femme, et ceux que fait un simple usufruitier des héritages dont il a l'usufruit. Celui-ci ne peut les faire que pour le temps que doit durer son usufruit : le propriétaire de l'héritage n'est point obligé, après la mort de l'usufruitier, qui a éteint l'usufruit, d'entretenir les baux faits par l'usufruitier, que pour le temps qui en reste.

92. Au contraire, les baux que le mari fait des héritages propres de sa femme, étant censés faits en la qualité qu'il a d'administrateur des biens de sa femme, sa femme est censée les avoir faits elle-même par son ministère, conjointement avec lui. C'est pourquoi, à l'exception de certaines coutumes qui défendent expressément aux maris de faire, sans le consentement de leurs femmes, des baux à ferme ou à loyer des héritages propres de leurs femmes, qui s'étendent au delà du mariage; telles qu'est celle de Blois, *art.* 179; de droit commun, la femme, aussi bien que les héritiers, sont obligés, après la dissolution du mariage et de la communauté, d'entretenir les baux à ferme ou à loyer que le mari a faits seul des héritages propres de sa femme, pour tout le temps qui reste à courir.

Il faut néanmoins pour cela que deux choses concourent. 1° Il faut que ces baux n'aient été faits que pour le temps ordinaire pour lequel il est d'usage de faire des baux à loyer ou à ferme. C'est ce qui résulte de l'article 227 de la coutume de Paris. Cette coutume, après avoir dit en l'article 226, que le mari ne peut aliéner les propres de sa femme, dit en l'article 227 : « Peut toutefois le mari faire baux à » loyer ou à moison à six ans, pour héritages assis à Paris; » et à neuf ans, pour héritages assis aux champs; et au- » dessous, sans fraude. »

93. Il est particulier aux maisons de Paris, que le mari, en sa qualité d'administrateur des biens de sa femme, n'ait droit d'en faire des baux que pour six ans. Dans les autres villes, le mari peut faire des baux pour neuf ans, des maisons de ville, de même que des biens de campagne : lorsqu'ils sont faits pour un plus long temps, ils sont censés ex-

céder les bornes de l'administration qu'a le mari des biens propres de sa femme ; et en conséquence la femme ni ses héritiers ne sont pas obligés, après la dissolution de la communauté, de les entretenir.

Elle n'y est pas obligée, quand même, lors de la dissolution de la communauté, il ne resterait à courir que très-peu d'années de ce bail ; car il suffit que, dans son principe, le mari ait excédé son pouvoir, pour qu'il ne puisse obliger sa femme.

Ces baux, qui sont faits pour un trop long temps, étant des espèces d'aliénations de l'héritage propre de la femme, qui sont interdites au mari, l'obligation de garantie qui en naît, est une dette dont le mari n'a pu charger sa communauté, suivant que nous l'avons établi au traité de la communauté, *n.* 253.

94. Le mari même ne contracte cette obligation que lorsqu'il a fait le bail en son propre nom : mais, lorsque le bail porte qu'il l'a fait en sa qualité de mari, sans que ce mari ait promis de le faire ratifier par sa femme, le preneur ne peut prétendre aucuns dommages et intérêts. Il n'a point été trompé : il savoit ou devoit savoir que le mari n'avoit pas, en sa qualité de mari, sans le consentement de sa femme, le pouvoir de faire un bail pour un aussi long temps. La coutume de Paris requiert, pour que les baux des héritages propres, faits par le mari, obligent la femme, qu'ils soient faits sans fraude. C'est ce qui résulte de ces termes de l'article 227, ci-dessus rapportés, *et sans fraude.*

Cette fraude consiste dans un dessein affecté de priver la femme ou ses héritiers, de la disposition qu'ils doivent avoir de la jouissance de ses héritages propres, après la dissolution de la communauté.

Elle se présume dans des baux que le mari se serait empressé de faire pendant la dernière maladie de sa femme, laquelle était déjà à l'extrémité ; pareillement dans ceux que le mari se serait empressé de faire à la veille d'une demande en séparation, qu'il savoit que sa femme devoit donner contre lui.

Elle se présume encore dans les baux faits par anticipation : c'est-à-dire, dans un temps auquel il restoit encore plusieurs années des précédents baux ; mais ce défaut se couvre, lorsque le bail qui avoit été fait par anticipation, a

commencé à courir pendant la communauté ; car il est, en ce cas, indifférent qu'il ait éte fait par anticipation.

95. Enfin la femme n'est pas obligée d'entretenir les baux pour lesquels son mari a reçu de gros pots-de-vin ; ou, si elle veut bien les entretenir, elle doit avoir contre la communauté la reprise d'une partie du pot-de-vin, au *prorata* du temps qui reste à courir du bail, depuis la dissolution de la communauté.

96. On a fait la question de savoir si le rachat des rentes propres de la femme, qui étoit fait au mari durant le mariage, étoit un acte de simple administration, et s'il pouvoit, en conséquence, être valablement fait au mari seul, sans que la femme intervînt à l'acte, ou qu'elle eût été sommée d'y intervenir. La raison de douter est, que le rachat d'une rente emportant l'aliénation et l'extinction de cette rente, paroît excéder les bornes de la simple administration qui est accordée au mari, et qu'en conséquence la présence de la femme y étoit nécessaire, comme elle l'est à tous les autres actes qui concernent la propriété de ses biens propres. Quelques arrêts, fondés sur cette raison, ont autrefois jugé que le rachat des rentes propres de la femme ne pouvoit être valablement fait au mari seul ; mais le sentiment le plus commun aujourd'hui, est qu'il peut être valablement fait au mari, parce que le rachat pouvant être fait par le débiteur, malgré le créancier, la femme n'ayant aucuns moyens pour l'empêcher, le mari ayant seul qualité pour recevoir les deniers qui en proviennent, comme légitime administrateur des biens de sa femme, la présence de la femme est absolument inutile à ce rachat : c'est pourquoi il a prévalu de le regarder plutôt comme un acte de simple administration, que le mari peut faire seul, que comme un acte d'aliénation.

97. Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent des droits qu'a le mari, sur les immeubles propres de sa femme, a lieu non-seulement dans le cas auquel il y a communauté de biens entre les conjoints, mais même dans le cas auquel il y auroit, par le contrat de mariage, une clause d'exclusion de communauté ; car la simple clause d'exclusion de communauté n'empêche pas le mari d'avoir la jouissance de tous les biens de sa femme, *ad sustinenda onera matrimonii*, et d'en avoir l'administration.

98. Il en est autrement de la séparation de biens. Lorsqu'une femme est séparée de biens, soit par une clause de son contrat de mariage, par laquelle il est dit que chacun des conjoints jouira séparément de ses biens, soit par une sentence de séparation intervenue depuis le mariage, et exécutée, le mari n'a, en ce cas, ni la jouissance ni l'administration des biens de sa femme; elle a le droit d'en jouir elle-même, et de les administrer elle-même : et elle n'a pas même besoin de l'autorité de son mari pour tous les actes qui concernent cette administration.

Néanmoins, même en ce cas de séparation, le mari conserve une autorité sur les immeubles propres de sa femme, lesquels ne peuvent être par elle aliénés ni engagés sans l'autorité et le consentement de son mari : elle ne peut pas même recevoir le rachat des rentes propres qui lui sont dues, sans que le mari y soit appelé, parce que le mari a droit de veiller à l'emploi du rachat, comme nous l'avons vu *suprà, n. 17.*

FIN DU SEPTIÈME VOLUME.


UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 14 16 06 09 018 8